

DIVORCIO A LA ESPAÑOLA

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. Justificación, a estas alturas, de un estudio sobre el actual divorcio. II. El nuevo divorcio: ¿abstracto o causal: constitucional o inconstitucional? 1. Diferencias entre el anterior y el nuevo divorcio. La novedosa opción entre la separación y el divorcio: ¿la inminente desaparición de la separación por su desuso, o su pervivencia residual? 2. El continuismo del nuevo divorcio en su objetividad, y su constitucionalidad por su lata causalidad fundada únicamente en la presunta *desaffectio maritalis* como expresión de mayor libertad. 3. Refutación de los supuestos peligros del actual divorcio: ¿la destrucción del matrimonio o su revivificación natural como única vía legal para la *affectio maritalis*? La resurrección actualizada del repudio romano clásico.

I. JUSTIFICACIÓN, A ESTAS ALTURAS, DE UN ESTUDIO SOBRE EL ACTUAL DIVORCIO

A comienzos de verano de 2005, el Parlamento aprobó dos leyes de hondo calado: la *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el C.c. en materia de derecho a contraer matrimonio*, que introdujo, sin antecedentes históricos, el matrimonio entre personas de idéntico sexo¹; y la *Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el C.c. y la LEC en materia de separación y divorcio*. Aun sin ser ésta tan revolucionaria como la otra, no deja de ser una ley de innegable trascendencia histórica; aprovechando la brecha abierta por la Ley 30/1981, de 7 de julio, al amparo del art. 32 CE-1978, de su intencionada mención genérica de las «causas de... disolución»²,

1 Que buena parte de la doctrina criticó. Entre otros, el que escribe el presente trabajo («¿Es constitucional, hoy, el matrimonio "homosexual" (entre personas de idéntico sexo)?», en *RDP*, 2005, pp. 37-56); y del aquí homenajead («Estudio crítico de la reforma del C.c. por la que se autoriza el matrimonio entre personas de igual sexo», en *RJN*, 2005, pp. 9-21).

2 Dado el tenso clima político y social en que se gestó la actual CE, ésta no pudo ser tan clara, ni mucho menos tan revolucionaria como la republicana. El art. 32 CE-1978, tras decir en su apartado 1 que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», añadirá en su apartado 2: «La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos». Por una parte, la clara y expresa mención de la «separación» no provocaba problemas; siempre fue admitida en nuestro Derecho, así como en el canónico. Por otra parte, intencionada y cautelosamente, no se pronunciaba el art. 32 acerca del divorcio, pero empleaba la expresión más amplia de «disolución» para dejar la puerta abierta, la última decisión al legislador, para que éste pudiera introducir el divorcio junto a la muerte como causa también de disolución del matrimonio. No en vano, la CE habla de «causas de... disolución», en plural, cuando por entonces, al redactarse tal frase, el C.c. sólo contemplaba la muerte como causa de disolución (art. 52 C.c. anterior, frente a las tres causas que recogerá luego el vigente art. 85 C.c.). No hay duda, pues, de que la CE explícitamente no imponía –o cons-

da un gran paso más a favor del divorcio frente a nuestra tradición católica antidivorcista, antaño sólo interrumpida por la efímera ley del divorcio de 1932. Curiosamente, muchas de las críticas, a veces apocalípticas, que en su día recibió la Ley-1981³, hoy las recibe idénticas la Ley-2005, siendo algunas indudablemente merecidas, por cuanto obedecen a la premura de su tramitación parlamentaria. Pero otras, que denotan lo abierto que aún está el debate, obedecen a la viva defensa de la indisolubilidad del matrimonio.

A esas luces y sombras de la Ley-2005 se dedica el presente estudio y para rendir modesto homenaje al ilustre profesor D. Enrique Lalaguna Domínguez.

II. EL NUEVO DIVORCIO: ¿ABSTRACTO O CAUSAL: CONSTITUCIONAL O INCONSTITUCIONAL?

1. Diferencias entre el anterior y el nuevo divorcio. La novedosa opción entre la separación y el divorcio: ¿la inminente desaparición de la separación por su desuso, o su pervivencia residual?

A la vista, sobre todo, de los nuevos arts. 81 y 86 C.c., y a la de los arts. 82 y 87 C.c. (sin contenido), resulta, ante todo, llamativo que, a partir de ahora, separación y divorcio sí queden en pie de igualdad como alternativas de libre elección, no siendo ya la separación requisito previo para el posterior divorcio. «En suma, la separación y el divorcio se concibe *—sic—* como dos opciones, a las que las partes pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida en común», dice la Exposición de Motivos (en adelante, EM) de la Ley-2005. Con la nueva ley, pues, en caso de crisis matrimonial cabe directamente instar al juez el divorcio, lo cual, según decía el PSOE en la tramitación de la Ley-2005, responde a razones de agilidad, brevedad y abaratamiento. La EM Ley-2005 insistirá en tal ahorro: «Se pretende evitar la situación actual que, en muchos casos, conlleva un doble procedimiento, para lo cual se admite la disolución del matrimonio por divorcio sin necesidad de la previa separación de hecho o judicial, con un importante ahorro de costes a las partes, tanto económico como, sobre todo, personales *—sic—*».

Esta original simplificación suscita una duda; al margen, por ahora, de que sea o no objetable la posibilidad de divorcio directo, hay antes otra cuestión: siendo posible divorciarse sin separarse antes por un tiempo, ¿por qué mantiene la Ley-2005 la separación? Téngase en cuenta que la separación, aisladamente considerada (no ya como presupuesto necesario para el posterior divorcio), funciona sobre todo como sustituto o subrogado del divorcio cuando, precisamente, rige la indisolubilidad del matrimonio. Así sucede hoy en el Derecho canónico y así sucedía antes en el Derecho civil con el llamado «divorcio»⁴. Pero cuando, como hoy, cabe el divorcio vincular y éste puede ser declarado sin necesidad de separación previa, ¿para qué sirve regular la separa-

titucionalizaba— el divorcio, pero tampoco lo prohibía; implícitamente lo permitía. La CE, el constituyente, se limitaba a delegar en el legislador ordinario (recuérdese de nuevo, el art. 32.2 CE cuando dice que «la ley regulará... las causas de... disolución y sus efectos»).

3 Que tuvo muchísimos e insignes detractores, como Alonso Pérez, García Cantero, De Fuenmayor, Navarro Valls y otros tantos que se citarán en el presente trabajo.

4 No se olvide que el divorcio no fue admitido, a pesar de su laicidad, en la Ley provisional de matrimonio civil de 18 de junio de 1870, de la I República, ni tampoco lo fue, a pesar de su inspiración en el *Code*, en el C.c.-1889. Aún pervivía la noción canónica del matrimonio. Tanto en la ley republicana como en el C.c. se empleaba el término «divorcio» (vgr., arts. 104 y 105 C.c.-1889, hasta su reforma de 24 de abril de 1958), pero, como sucedía con el «departimiento» de

ción⁵? A ello responde la EM Ley-2005 diciendo: «No obstante —admitir el divorcio directamente—, y de conformidad con el art. 32 de la Constitución, se mantiene la separación judicial —y la de hecho— como figura autónoma, para aquellos casos en los que los cónyuges, por las razones que les asistan, decidan no optar por la disolución de su matrimonio». Da la impresión de que la Ley-2005 mantiene la separación a regañadientes, por simple obediencia ciega al art. 32 CE que, en efecto, ordena en su ap. 2 que «la ley regulará... las causas de separación... y sus efectos». Se diría que la Ley-2005 únicamente regula la separación por mencionarla la CE⁶, pareciendo olvidar que aun en un sistema totalmente permisivo del divorcio, como es el actual, también hay razón y lugar para la separación como opción alternativa al divorcio. En parte, lo deja entrever la propia EM Ley-2005 al decir, recuérdese, que «se mantiene la separación... para aquellos casos en los que los cónyuges, por las razones que les asistan, decidan no optar por la disolución de su matrimonio». Y, ¿cuáles pueden ser esas razones? Muchas, pero, sobre todo, dos:

Una es el respeto a las creencias religiosas de los cónyuges sobre la indisolubilidad del matrimonio⁷. Es así como se compaginan la «libertad religiosa» y la consideración hacia las «creencias religiosas de la sociedad española» que impone el art. 16 CE. Porque si bien, por su laicidad, el C.c. no tiene que acatar la indisolubilidad conyugal impuesta por el D. canónico, tampoco puede imponer lo contrario a quien en su fuero interno crea en tal indisolubilidad⁸.

Otra de las posibles razones para mantener la separación es aludida en otro lugar por la propia EM Ley-2005, aunque de nuevo sin objetividad y con cierto desprecio al sistema de la Ley-1981, cuando dice que en ella

el divorcio se concebía como último recurso al que podían acogerse los cónyuges y sólo cuando era evidente que, tras un dilatado período de separación, su reconciliación ya no era factible. Por ello, se exigía la demostración del cese efectivo de la convivencia conyugal, o de la violación grave o reiterada de los deberes conyugales, una suerte de pulso impropio tendido por la ley a los esposos, obligados bien a perseverar públicamente en su desunión, bien a renunciar a tal expresión reconciliándose.

las Partidas, en realidad se trataba de separación, posibilidad ésta siempre admitida por la Iglesia católica por ser mera relajación o suspensión provisional del vínculo conyugal.

5 Por ello JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: «El divorcio en España: unos apuntes sobre su evolución histórica», en *La Ley*, 6292, 2005, p. 4; GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dir.): *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio*, Valladolid, 2005, p. 40; y HORNERO MÉNDEZ, C.: «El nuevo divorcio: entre la libertad y la responsabilidad», en C. Lasarte Álvarez (dir.): *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, Madrid, 2006, p. 296, vaticinan la pronta desaparición de la separación en la práctica (e incluso en una futura Ley, añade Hornero). Y FERRANTE, A.: «Reflexiones sobre el proyecto de ley de 29/11/2004 en materia de separación y divorcio», en C. Lasarte Álvarez (dir.): *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, Madrid, 2006, p. 293, dice que la reforma «vacía la figura de la separación». Por su parte, LORCA NAVARRETE, A. M. y DENTICI VELASCO, N. M.: *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva «Ley del divorcio» de 2005 con especial referencia a la mediación familiar*, San Sebastián, 2005, p. 33, hubiesen visto más acertado haber regulado en la reforma la mediación familiar y suprimir la separación, para así evitar la judicialización de las crisis matrimoniales.

6 Así lo creen también JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., p. 7, nota 96; GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (op. cit.). En contra de que tal servilismo textual sea la razón, DE VERDA BEAMONTE, J. R.: *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, Pamplona, 2006, pp. 183 y 184.

7 Así, PASTOR VITA, F. J.: «Una primera aproximación al Proyecto de ley de reforma del C.c. en materia de separación y divorcio», *La Ley*, 6235, 2005.

8 «Esto hace que, por ejemplo en Francia, se considere a la separación como el divorcio de los católicos» (dice RODRÍGUEZ CHACÓN, F.: *Matrimonio, separación y divorcio en España: nueva regulación. Estudio sistemático de las leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio*, Barcelona, 2005, p. 72, nota 228).

La Ley-2005 parece no creer en la separación, olvidando que su principal función no es la de ser requisito previo al divorcio, sino la de posibilitar la reconciliación entre los cónyuges para cuando la crisis matrimonial haya sido pasajera, no definitiva; se olvida de que la separación puede servir como período de prueba, de reflexión (racional y emocional), para ver si la crisis es temporal o, por el contrario, definitiva, signo ya entonces de ruptura, de la disolución mediante divorcio⁹. Se equivoca la EM Ley-2005 cuando en el párrafo anteriormente transcrito habla de la separación como perseverancia pública en la desunión y de la reconciliación como renuncia a tal desunión. Parece como si lo que gustara a la ley fuese la desunión, la ruptura matrimonial. No es un desliz de la ley, ni de su promotor, el PSOE. También uno de los partidos políticos favorables al contenido de la nueva ley, Izquierda Republicana (ER), por boca de la Sra. Diputada Bonás Pahisa, decía en su tramitación parlamentaria que, frente a la Ley-1981, cuyo objetivo era «salvar un vínculo que la Iglesia católica define como indisoluble», el fin de la Ley-2005 «no es ya evitar la disolución del vínculo sino facilitar que se produzca de la forma menos traumática posible»; lo dice acaso como si lo uno (la posible reconciliación) se riñera con lo otro (el más fácil y pacífico divorcio). Afortunadamente, de lo dicho a lo hecho hay un trecho, porque si esa era la *ratio legislatoris*, no ha sido del todo satisfecha: es verdad que la Ley-2005 facilita el divorcio al prescindir como necesaria de la previa separación, que incluso aunque un cónyuge pida la separación, el otro puede reconvenir pidiendo el divorcio (*vid.*, el nuevo art. 770.2.^a LEC)...; pero también conserva, retocando además su redacción, el art. 84 C.c., sobre la reconciliación tras la separación. Asimismo, se ha mantenido el art. 88 C.c., sobre la reconciliación que pueda operar en la misma tramitación del pleito de divorcio.

Tiene, pues, aún sentido la separación previa al divorcio, aunque ahora no venga impuesta por la ley, sino dependiente de la voluntad de los cónyuges. No parece, entonces, previsible su desaparición total, como algunos vaticinan; tal vez lo previsible, en coherencia con el ahorro al que se refiere la Ley-2005, es que los consortes en caso de crisis opten como período de prueba y reflexión por una separación fáctica¹⁰; modalidad de separación que pervive junto a la judicial; lógicamente, desaparece de los reformados arts. 82, 86 y 87, que antes la contemplaban como presupuesto previo al divorcio; pero se mantiene la separación de hecho en las restantes normas que antes, con la Ley-1981, la mencionaban (arts. 14, 22, 116, 118, 156.5, 159, 234.1.º, 291, 320, 834, 855, 945, 1368 y 1393.3.º C.c.). Es más, algunas de esas normas han sido retocadas

9 Como ha dicho recientemente CARRASCO PERERA, A. F. («Divorcios rápidos», *AJA*, 2004), la separación «sólo tiene sentido para aquellas situaciones de separación patrimonial expresamente buscadas como tales por las partes, que no han querido dar el paso definitivo que es el divorcio; pero no tienen justificación cuando la separación es sólo la fase de espera obligada de un divorcio que está a las puertas y cuyo advenimiento, querido o irremediable, está suspendido a término cierto».

10 Así también RODRÍGUEZ CHACÓN, R. (p. 71), para quien «la separación judicial—institución que ha desaparecido en algunos países (*vgr.*, Suecia)— se configura así en nuestro ordenamiento como una opción residual».

—además, con acierto— precisamente para incluir en ellas la separación judicial y la de hecho (arts. 834¹¹ y 945¹² C.c.).

Mantenida la separación, como novedad, en pie de igualdad se regula el divorcio, aunque mientras que la separación puede ser judicial o de hecho, el divorcio, como antes, ha de seguir siendo siempre judicial (art. 89 C.c.). No obstante la diferencia, tanto la separación como el divorcio presentan las mismas dos variedades *ex arts.* 81 y 86 C.c.:

1.^a) La separación/divorcio judicial consensual (por mutuo acuerdo o a iniciativa de un cónyuge con el consentimiento del otro). Lo novedoso, como ha quedado advertido, es la posibilidad de instar el divorcio al juez directamente, sin temporal separación previa.

2.^a) La separación/divorcio judicial instada —*ab initio* o por vía reconventional— unilateralmente, a petición de uno sólo de los cónyuges, y —pretendidamente— sin causa. Esto es, sin duda, lo más revolucionario de la Ley-2005. Porque cabe que cualquiera de los cónyuges pida por sí solo al juez la separación o el divorcio, aparentemente sin tener que alegar causa o razón alguna y sin que el otro pueda oponerse¹³.

Ahora bien, tanto para la consensual como para la unilateral deben haber transcurrido, como mínimo, tres meses desde la celebración del matrimonio.

Al margen de tal requisito temporal, se vanaglorian los creadores de la Ley-2005 en decir reiterada y abiertamente que con esta ley el sistema de separación y de divorcio es abstracto o sin causa¹⁴. E insiste en ello buena parte de la doctrina¹⁵.

11 La nueva redacción de dicho art. 834 C.c. fue criticada en su tramitación por el PP (en sus enmiendas n.º 84, ante el Congreso, y n.º 30, en el Senado), proponiendo que sólo contemplara la separación judicial; porque —según decía el PP— «no es posible eliminar el derecho del cónyuge viudo cuando exista separación de hecho, de muy difícil demostración, que permitiría desheredaciones de hecho». Tal propuesta será rechazada, en palabras de la Sra. Diputada socialista Polinio Contreras, porque «desde luego, los eventuales problemas de prueba que en algún caso pudieran plantearse no evitan que haya de preverse la separación de hecho tal y como hace el proyecto, y pensamos que con esta enmienda también se va en contra del espíritu que pretende y que recoge el proyecto».

12 La nueva redacción del art. 945 C.c., no prevista en el Anteproyecto legal, fue propuesta por el propio PSOE en su enmienda n.º 49 ante el Congreso, justificándolo por cuanto «con este precepto la separación judicial o de hecho de los cónyuges les priva tanto en la sucesión testamentaria como *ab intestato* de derechos».

13 Así lo dice la EM Ley-2005: «Así pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales». En esto último, de nuevo las prisas (ahora en la transcripción de la ley en el BOE) han provocado una —otra— errata: no se trata de motivos «personales», sino «procesales», como desde el Anteproyecto ha dicho la norma. No obstante tal corrección, entendiendo la alusión a «motivos procesales», RODRÍGUEZ CHACÓN, R. (p. 76), se pregunta: «¿Podrá alegarse indefensión y falta de tutela judicial efectiva ante una situación así?».

14 Son tantas las ocasiones en que tal cosa se dice en la tramitación parlamentaria de la Ley-2005 que sería farragoso y fatigoso traerlas aquí todas ellas. No obstante, algunas frases serán reproducidas en el epígrafe siguiente.

15 Entre otros, como uno de los primeros destaca LASARTE ÁLVAREZ, C. (en su «Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales», *AJA*, 655), y siguiéndole su discípula POUS DE LA FLOR, M. P. (en su «Igualdad conyugal y custodia compartida en la Ley 15/2005, de 8 de julio», en *Libro-Homenaje a M. Amorós Guardiola*, Madrid, 2006, pp. 1743 y sigs.). También aplaudirán la actual descausalización del divorcio, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. («Las reformas legales que nos esperan», en *Actualización del Derecho de Familia y Sucesiones*, Madrid, 2005, pp. 39 sigs.); GUILARTE GUTIERREZ, V. (*op. cit.*); PÉREZ MARTÍN, A. J. («El divorcio que viene», *Rev. Der. Familia*, 26, 2005, pp. 3-5); CAÑETE QUESADA, A. («El anteproyecto de ley por el que se modifica el C.c. en materia de separación y divorcio», *La Ley*, 6140, 2004, pp. 2 y 6). Otros, en cambio, con tono crítico hablarán del «abandono» del sistema causalista (RODRÍGUEZ CHACÓN, R., p. 70); de la «desnaturalización» de las causas de separación y divorcio (BARBERO, T., PEÑA, E., GAJA, I. y GALAN, C.: *Modificación del C.c. y de la LEC en materia*

Junto a esa separación/divorcio unilateral –supuestamente– sin causa, dice el art. 81.2.º C.c.: «No será preciso el transcurso de este plazo –el de tres meses desde las nupcias– para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio». En dicha norma subsiste, ahora como una modalidad más, no como la única, la separación/divorcio unilateral causal o circunstancial de los antiguos arts. 82 y 86.5.ª C.c.; tan es así, que la genérica y amplia redacción del 81.2.º C.c. vigente puede ejemplificarse con la casuística de las antiguas normas (82 y 86.5.ª C.c.), así como para éstas servía el más antiguo art. 105 C.c., sobre separación, en vigor desde 1958 hasta 1981.

Este es, en síntesis, el nuevo sistema de separación/divorcio. A su vista, no parece que ya pueda hacerse la comparación que en el *Quijote* hacía Cervantes entre el lazo conyugal y el nudo gordiano que sólo la Parca podía desatar. Y esto, ¿es bueno o es malo? ¿Qué valoración merece la reforma de la Ley-2005?

2. El continuismo del nuevo divorcio en su objetividad, y su constitucionalidad por su lata causalidad fundada únicamente en la presunta *desaffectio maritalis* como expresión de mayor libertad

Bien está que produciéndose cualquier riesgo de los que cita el 81.2.º C.c. en su segunda parte se pueda pedir unilateralmente la separación o el divorcio sin tener que esperar el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio, aunque, tal vez, pudiera mejor pensarse en la nulidad del matrimonio (por error), dado lo reciente de las nupcias. Pero en los demás casos, ¿por qué ha de esperarse ese plazo trimestral si, según parece, no hay que justificarse? Y más de raíz –pues aquí radica la cuestión clave a tratar–, ¿realmente se ha instaurado como se dice y pretende un divorcio abstracto o sin causa para cuando el matrimonio haya alcanzado sus tres meses de vida?

Así lo cree la EM Ley-2005 cuando *in abstracto* fundamenta la reforma y el nuevo divorcio en dos valores constitucionales: la libertad individual y el libre desarrollo de la personalidad¹⁶ (arts. 1.1 y 10.1 CE); una libertad que se reconoce tanto para decidir la separación o el divorcio como para determinar sus efectos (personales y patrimoniales). Ya *in concreto*, añadirá la EM Ley-2005 que, al suprimirse la causa, con ella también se suprimen las ideas de culpa y de sanción vigentes en el sistema de divorcio de la Ley-1981 (o, más bien, en la práctica forense

de separación y de divorcio. La nueva Ley del divorcio, Madrid, 2005, p. 35); o de la existencia de un sistema «acausal» o «descausalizado» (LORCA NAVARRETE, A. M. y DENTICI VELASCO, N. M., pp. 6 y 11).

16 En ello insiste un vocal del CGPJ, LÓPEZ TENA, A. («Reformas civiles: el matrimonio entre personas del mismo sexo. Separación y divorcio», *AJA*, 655, 2005). Y en la dignidad, añaden PASTOR VITA, F. J. (p. 2); y ORTUÑO MUÑOZ, P. (*El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Madrid, 2006, pp. 19, 22, 26...). Y en la intimidad familiar, dicen BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. («Separación y divorcio», *Aranzadi Civil*, 2004-II, p. 1945); y PÉREZ MARTÍN, A. J. (p. 3). Ya hace tiempo, ROCA TRÍAS, E. (*Familia y cambio social [De la «casa» a la persona]*, Madrid, 1999, p. 166), decía: «Si he atribuido una naturaleza consensual al matrimonio y a su mantenimiento, de forma que puede decirse que existe un consentimiento renovado, debo aceptar a continuación que cuando deja de existir, el remedio es también consensual. En definitiva, si hay que preservar en todo caso los derechos individuales de los miembros de la familia, la garantía de los derechos fundamentales a la libertad y la intimidad implica el reconocimiento de un sistema de divorcio que tenga como eje la no indagación sobre las causas que lo provocan». Hacía tal afirmación apoyándose en AUTORINO STANZIONE, G. (*Sui rapporti familiari nel vigente Ordinamento spagnolo*, Nápoles, 1984, p. 174).

que de él se hizo)¹⁷. Estas dos razones ya fueron sintetizadas, en la tramitación de la ley, por el Sr. Diputado socialista Villarrubia Mediavilla, al decir que «la supresión de las causas para que pueda decretarse la separación o el divorcio... supone poner la libertad como bien superior del ordenamiento jurídico, abandonándose la idea de sanción y dándose la máxima relevancia a la libertad de las personas»¹⁸.

Ambas justificaciones, la general y la más concreta, parecen rechazables:

Por un lado, no parece acertado decir que la Ley-1981 estableció un divorcio-sanción fundado en la idea de culpa¹⁹. A salvo los casos de los arts. 82.3.ª y 86.5.ª C.c., en todos los demás la separación y el divorcio se contemplaban como posibles remedios a quiebras o crisis matrimoniales, no como pena o sanción para el cónyuge que por su actitud fuese el causante o desencadenante de la crisis. Es curioso que el propio PSOE, aunque en otro contexto²⁰, advirtiera al PP, en la tramitación de la Ley-2005, que indagar en la causa de separación o divorcio no es buscar la culpa para imponer la sanción, pues ni antes, con la Ley-1981, ni ahora hay culpables, ni tampoco hay necesaria correlación entre causa y efecto en esta materia²¹. Aunque parezca ilógico, así es; así debe ser²². Una cosa es la causa (vgr., la infidelidad, los malos tratos...) y otra sus efectos

17 Refiriéndose a dicha Ley-1981, dice la EM Ley-2005: «La determinación de tales causas y, en concreto, la admisión del divorcio como causa de disolución del matrimonio constituyó el núcleo de la elaboración de la ley, en la que, tras un complejo y tenso proceso, aún podían advertirse rasgos del antiguo modelo de la separación-sanción». Y luego volverá a insistir: «En el antiguo modelo de la separación-sanción, la culpabilidad del cónyuge justificaba que éste quedase alejado de la prole. Al amparo de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modo objetivamente incomprensible, se ha desarrollado una práctica coherente con el modelo pretérito».

18 Con más palabras lo dirá de la Ley-2005 el Sr. Ministro de Justicia López Aguilar ante el Congreso: «su objeto troncal no es otro que simplificar, agilizar y reforzar así el ámbito de libertad y autonomía de la voluntad con que se entra o se sale de la relación jurídica matrimonial. Lo propugnamos estableciendo una disolución del matrimonio sin causas y, por tanto, sin culpables. No hará falta ni buscar culpables ni abrir paso a la doble victimización –sic– que ha caracterizado históricamente, desde su entrada en vigor en 1981, la disolución matrimonial en su experiencia judicial y, consiguientemente, en su reflejo jurisprudencial. Se va a dar la máxima relevancia a la voluntad de las personas, de modo que ya no hará falta señalar al culpable ni mostrar jurídicamente las causas». En ello insistirá la Sra. Diputada García Suárez (de IU), diciendo de la Ley-1981 que «en el fondo no dejaba de ser una ley que configuraba un modelo –digámoslo– de separación-sanción, sobre todo un modelo en el que se obligaba a justificarse y a demostrar razones que movían al deseo de la separación, por tanto a buscar de manera consciente un culpable en aquella decisión. (...) Contradictoriamente, cuando una pareja decide casarse, el solo hecho de querer hacerlo presupone que las dos personas desean vivir juntas, desean compartir la vida. Por consiguiente, en estos momentos no se puede mantener una ley que obligue a dar unas razones, a buscar un responsable o un culpable. Este es un salto cualitativo de esta nueva ley –la de 2005– que hoy –29/6/2005– aprobamos y que debemos celebrar».

19 Y así se lo advirtió el CGPJ al Gobierno del PSOE en su Informe de 27/10/2004, acerca de la crítica contenida en la EM Ley-2005 (por entonces proyecto) a la Ley-1981: «... se está incurriendo con ello en el equívoco de confundir “culpabilidad moral” del hecho que provoca la separación con la “responsabilidad jurídica” de los efectos que del mismo se derivan. Ser responsable de las causas jurídicas que legitiman la separación, no quiere decir que se sea “culpable” de los hechos que las configuran. Cuando la ley actualmente en vigor –refiriéndose a la de 1981– enuncia las “causas” de separación, no lo hace con el fin de imputar culpabilidad al cónyuge que objetivamente ocasionó los hechos determinantes de la separación, sino con el único fin de determinar su responsabilidad jurídica, en consideración a los solos efectos que de la ruptura conyugal se desprenden, tales como la atribución de los hijos, el establecimiento del régimen de visitas o su suspensión (art. 94 C.c.), privación de la patria potestad (art. 92 C.c.), etc.». Insiste en ello uno de los vocales del CGPJ, REQUERO IBÁÑEZ, J. L. («Reformas del C.c. al servicio de una empresa», *AJA*, 655, 2005).

20 Relativo al control judicial de los efectos acordados para la separación o el divorcio, al que luego se aludirá.

21 Así también lo advirtió en la gestación de la Ley-2005 CiU en sus enmiendas n.º 61, ante el Congreso, y n.º 10, ante el Senado.

22 Como hace más de 20 años decía LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. («La crisis matrimonial: separación y divorcio», en *Jornadas Hispalenses sobre la Reforma del Derecho de familia*, Sevilla, 1982, pp. 56 y 57), acerca de la Ley-1981: «La noción de culpa es inadecuada para los problemas de la crisis matrimonial, y consiguientemente del divorcio; en la

(la guarda y custodia de los hijos, la pensión compensatoria, el uso de la vivienda familiar...). Es verdad que a veces puede aparentarse conexión (*vgr.*, al cónyuge que maltrataba al otro y a sus hijos se le deniega la guarda de éstos). Pero no siempre es así (*vgr.*, en el anterior caso, el esposo causante de la crisis si tiene peor condición económica tendrá derecho a una pensión compensatoria). Y así puede ser porque en la fijación de los efectos de la separación/divorcio no ha de regir un criterio subjetivo de culpabilidad, ni de revanchismo o castigo, sino un criterio objetivo e imparcial fundado, por razones constitucionales de justicia (de igualdad proporcional), en la protección del más débil, del más desfavorecido en la resolución de la crisis matrimonial (*cf.*, arts. 39 CE, 90 y sigs. C.c.). Éste era el sistema de la Ley-1981, y la Ley-2005 no hace más que secundarlo. Es verdad que los anteriores casos de separación/divorcio-sanción han sido derogados; pero, ¿acaso no hay cierto subjetivismo, cierta culpa, en las causas de separación/divorcio unilateral del actual art. 81.2.º C.c.? Si, y ello no habrá de ser determinante para fijar los efectos de la ruptura conyugal. La Ley-2005 se ha limitado a mantener el anterior sistema objetivo, con sólo alguna corrección de la anterior ley, cuyos deslices hasta ahora no habían sido modificados aunque sí advertidos por la doctrina: a salvo el posible *lapsus* del art. 1343 C.c., cuyo criterio de culpabilidad tal vez haya que entender derogado implícitamente por abrogación o contradicción con el espíritu y la letra de la Ley-2005²³, ahí están, *a.e.*, la nueva redacción del art. 834 C.c. o la falta de apoyo que en la tramitación de la Ley-2005 tuvo la enmienda n.º 35 del Grupo Mixto ante el Congreso que acerca del art. 97 C.c., sobre pensión compensatoria, pretendía se incluyera como circunstancia a considerar el haber incumplido los deberes conyugales²⁴. En su rechazo la historia no ha hecho más que repetirse: como ya previó el art. 30 Ley-1932, el Proyecto de la Ley-1981 incluyó tal criterio culpabilístico para fijar la pensión compensatoria, pero finalmente tal dato fue voluntariamente eliminado en su tramitación parlamentaria. Porque ya entonces, como hoy también, el sistema de separación y divorcio era de remedio y objetivo, no de sanción y culpabilístico. Podrá o no gustar tal sistema²⁵, pero no es cierto que el mismo sea una novedad de la Ley-2005.

mayor parte de los casos el juez no llega a estar en condiciones de determinar con precisión quién ha tenido la culpa del fracaso conyugal, porque este fracaso puede tener, y de hecho tiene, multitud de causas. Además, la necesidad de buscar un culpable obliga al juez a penetrar en la intimidad de la pareja, lo que no es deseable, y, sobre todo, la búsqueda de una culpa envenena el proceso y las relaciones entre las partes, empujando a cada una de ellas a acusar a su cónyuge, con el fin de obtener el mayor provecho; finalmente, el sistema del divorcio por culpa invita al fraude procesal, y a la comedia delante del juez».

23 Otras posibles interpretaciones del art. 1343 C.c. propone RUIZ-RICO RUIZ-MORON, J. («La supresión de las causas de separación y de divorcio: incidencia en otros ámbitos (A propósito de la reforma del C.c. por Ley 15/2005, de 8 de julio)», *Aranzadi Civil*, 9, 2005).

24 En dicha enmienda se pretendía que al final del ap. 9.º del art. 97 C.c. se añadiera: «entre ellas el incumplimiento de las obligaciones y deberes conyugales»; y se justificaba tal enmienda diciendo: «Pese a erradicarse la concepción del divorcio causal, entendemos que el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los arts. 67 y 68 C.c. puede ser valorado a la hora de fijar las pensiones, sin que ello suponga introducir de nuevo el “divorcio-sanción” en nuestro ordenamiento jurídico».

25 Así, *vgr.*, no gustaba a LACRUZ (*Elementos de Derecho civil, IV: Derecho de Familia*, 4.ª ed., Barcelona, 1997, p. 176), refiriéndose a la Ley-1981: «El legislador se propone resolver una situación objetiva con aséptica objetividad, lo que, en muchos casos al menos, no deja de ser discutible, *vgr.* (pero los ejemplos podrían ser también otros) en el caso del cónyuge que ve decretada su separación por abandonar el hogar y desatender sus obligaciones de esposo y progenitor por infidelidad o por maltratar de obra al otro esposo (art. 82.1.º C.c.); o el que la merece por forzar o prostituir a sus hijas (art. 82.2.º C.c.); o el que es separado por atentar contra la vida de su cónyuge (arts. 82.7.º y 86.5.º C.c.); o el que se separa a los tres años de marchar –*sic*– caprichosamente de casa (art. 82.6.º C.c.), o se divorcia, repudiando al otro, después de cinco años de haberlo abandonado (art. 86.4.º C.c.); si para él la separación o divorcio suponen desequilibrio económico, tendría derecho a la pensión compensatoria. Todo esto es tan contradictorio, que se hace difícil pensar que

Tampoco la pretendida razón general, fundada en la libertad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, que justifica el original sistema de divorcio abstracto o sin causa es del todo convincente. Dicha razón ya fue alegada por el protestantismo y luego en tiempos de la Revolución francesa para justificar, sí, el divorcio que se regularía en el C.c. francés-1804; pero esa libertad individual, conectada en particular a la libertad de culto, únicamente dio entrada a dos tipos de divorcio: el divorcio-sanción o culpa y un divorcio consensual muy restringido. Es decir, que la libertad justifica en general el divorcio, no sólo y en particular el divorcio abstracto o sin causa, como dice la EM Ley-2005. Lo que sí hace este último divorcio es otorgar mayor libertad individual, más que cualquier otro tipo de divorcio conocido²⁶. Pero es aquí, precisamente, donde la Ley-2005 provoca verdaderos problemas; el mayor, el de su posible inconstitucionalidad.

No se trata, por supuesto, de resucitar viejas cuestiones relativas a la constitucionalidad del divorcio por su extensión a todo matrimonio (civil o religioso)²⁷. La cuestión constitucional que ahora se plantea es otra y en apariencia más simple. Tanto pregonar, casi como eslogan, que ahora rige la separación y el divorcio sin causa, y en la propia tramitación parlamentaria de la Ley-2005 se previno de su posible inconstitucionalidad si en efecto consagraba un divorcio abstracto: lo insinuó primero –curiosamente– CiU²⁸ y lo advirtió después el PP, para luego ser denunciado por algunos juristas²⁹. Todo porque el art. 32.2 CE ordena que «la ley regulará... las causas de separación y disolución y sus efectos»; las «causas», dice claramente, aunque no sea con la tajante claridad del art. 43 de la Constitución republicana de 1931, cuando permitía la disolución del matrimonio «por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación, en este caso, de justa causa», terminaba diciendo. Bien es verdad que al hablar el art. 32 CE-1978 de causas de disolución, la Ley-2005 se muestra conforme al enunciarlas en el art. 85 C.c., y al regular en el art. 81.2.º C.c. *in fine* la separación judicial unilateral causal o circunstancial. Pero, ¿dónde están las otras causas de las otras modalidades de separación y de divorcio?³⁰ El legislador presume de no haberlas. ¿Son, entonces, tales casos de separación y

nuestro legislador tuviera el propósito de que la concesión de la pensión hubiera de tener lugar, sin más, en todos los casos en que diera objetivamente el desequilibrio económico entre los esposos por consecuencia de la separación o del divorcio; o por lo menos hay que concluir que, de existir tal intención, ésta hubiera sido poco razonable, porque hubiera llegado al absurdo de que, negados los alimentos al cónyuge separado por consecuencia de la violación de sus deberes conyugales, el mismo cónyuge pudiera, consiguiendo una pensión eventualmente mucho más sustanciosa, alzarse con la limosna y con el santo».

26 Para CARDENAL HERNANDEZ, J. (*Reformas en el Derecho de Familia*, Lección inaugural del curso académico 2004/5 en la Universidad Católica S. Antonio de Murcia, 2004, p. 23), es una libertad mal entendida por la ley-2005, pues realmente se trata de un exacerbado individualismo, o de mera autodeterminación egoísta o autista –dice a veces–, exento de culpa y de responsabilidad que olvida el transpersonalismo propio de la familia.

27 Sobre tal cuestión es de interés recordar a GARCÍA CANTERO, G. («Sobre la posible inconstitucionalidad de la ley del divorcio», en *Estudios en Homenaje a J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, pp. 203-207), que consideraba que la Ley-1981 era contraria a los arts. 1.1, 10.1, 14, 16, 32 y 39 CE (así también, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L.: «Posible inconstitucionalidad parcial de la ley española de divorcio de 1981», en *Persona y Derecho*, 1984, pp. 171 y sigs.; y recordando a García Cantero, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *La reforma del sistema matrimonial español*, Madrid, 1983, pp. 107-109); y como réplica, puede verse LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. («Perfil sistemático de las instituciones de la crisis matrimonial», también en los *Estudios Homenaje a Beltrán de Heredia*, pp. 436 y 437).

28 En sus enmiendas n.º 61, ante el Congreso, y n.º 10, ante el Senado.

29 *Vid.*, por todos, RAMOS CHAPARRO, E. («Objeciones jurídico-civiles a las reformas del matrimonio», en *AC*, 2005, pp. 1159-1161). También, RODRÍGUEZ CHACÓN, R. (pp. 61, 62, 70, 71 y 75).

30 En este sentido, lleva razón RAMOS CHAPARRO, E. (p. 1160), cuando dice: «Si se quiere entender que “causas de disolución” equivale a “divorcio” y “muerte”, sin que sean necesarias, a su vez, más “causas de divorcio”, entonces queda por explicar qué son las “causas de separación”, también nombradas en el texto. Resultaría el absurdo de que la simple separación necesitaría constitucionalmente causas legales, mientras que el divorcio pudiera no tenerlas.

divorcio sin causa inconstitucionales? ¿Es la Ley-2005 inconstitucional en sus arts. 81 y 86 C.c., esto es, en su esencia?

Con mayor o menor reflejo en la EM Ley-2005, a lo largo de su tramitación parlamentaria, frente a las objeciones de CiU y del PP, diversos partidos políticos (PSOE³¹, PNV y ER) intentaron justificar la constitucionalidad de la reforma a pesar de contemplar ésta una separación y un divorcio sin causa. Del mismo modo lo ha hecho luego parte de la doctrina³². Fundamentalmente, ese —pretendido— divorcio sin causa se ampara: por una parte, en que la libertad y el libre desarrollo de la personalidad son valores supremos, a los que el matrimonio y sus propios valores han de someterse, y, por otra, en que lo mismo que hay derecho o libertad para casarse también lo hay para «descasarse», esto es, un derecho al divorcio, en particular, o a la disolución en general³³. Tales ideas tienen claro reflejo en la EM Ley-2005, cuando dice:

La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad. (...) En coherencia con esta razón, el art. 32 CE configura el derecho a contraer matrimonio según los valores y principios constitucionales. De acuerdo con ellos, esta ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial. (...) Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el art. 10.1 CE, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge³⁴.

En el fondo, se tiene buena parte de razón, pero el razonamiento...

Ante todo, no se trata de esquivar la exigencia del ap. 2 del art. 32 CE (sobre las causas de separación y disolución), atendiendo sólo a su ap. 1, al *ius connubii*, para conectarlo con los arts. 1.1 y 10.1 CE y para subordinarlo a ellos, a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad. Tales conexión y supeditación a dichos valores supremos acontecen prácticamente con todos los derechos y deberes fundamentales del Título I CE (la igualdad, el derecho a la vida, a la libertad ideológica...), incluido, como uno más de entre tantos, el derecho al matrimonio del art. 32.1 CE.

Siendo el divorcio (no aludido por la CE) una forma de disolución alternativa a la muerte, está implícito en la norma que la ley también debe regular sus propias "causas", en el mismo sentido de "motivo" o "justificación legal" que tiene la palabra causa referida a la mera separación, y con mayor fuerza intrínseca. En cierto modo, el término "disolución" funciona en la CE como eufemismo de divorcio».

31 En las explicaciones de la Sra. Diputada Couto Rivas, sobre todo.

32 PASTOR VITA, F. J. (p. 3); LASARTE ÁLVAREZ, C. (op. cit.).

33 Ya hace más de una década lo pronosticaba MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (*Diagnóstico sobre el Derecho de Familia. Análisis sobre el sentido y los contrasentidos de las transformaciones contemporáneas del Derecho de familia*, Madrid, 1996, p. 56): que la evolución del divorcio-sanción al divorcio subjetivo (por voluntad común o unilateral), pasando por el divorcio objetivo (o divorcio-remedio), se apoyaría «en la consideración de la libre disolubilidad como un atributo del matrimonio, y del divorcio como un derecho fundamental, paralelo al derecho a casarse, o incluso derivado en cierto modo del mismo».

34 En la tramitación parlamentaria de la Ley-2005, lo sintetizaba la Sra. Senadora Etxegoyen Gaztelumendi (del PNV): «Es el libre desarrollo de la personalidad el que justifica la oportunidad de la presente modificación legislativa...: el reconocimiento de una mayor trascendencia de la voluntad del individuo cuando ya no desea seguir vinculado a su cónyuge, de modo que el derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna... En definitiva, contraer matrimonio es un derecho, pero lo es también la disolución del vínculo matrimonial porque se establece una disolución sin causas». Repetirá esta última frase, haciéndola suya, la Sra. Diputada Bonás Pahisa (de ER).

No en vano, el art. 1.1 CE, que reconoce genéricamente la libertad junto a otros valores supremos como la justicia, es el glorioso pórtico de la Constitución, y el art. 10 CE, que consagra la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, es la antesala de las demás normas sobre derechos fundamentales que no son sino desarrollo y concreción de ese genérico art. 10 CE que funciona a modo de preámbulo y de cajón de sastre. Por eso, no cabe eludir el mandato del ap. 2 del art. 32 CE, amparándose en la conexión que existe entre su ap. 1 y aquellos valores superiores; salvo que se quiera correr el riesgo de insinuar algo inadmisibles: la contradicción interna de la propia CE, la incoherencia del ap. 2 del art. 32 con su ap. 1 y con los arts. 1.1 y 10.1 CE. Menos aún cabe sortear la exigencia de causalidad del art. 32.2 CE por entenderla —o insinuarla, al menos— secundaria y subordinada al derecho a «descasarse» que —supuestamente— contempla el ap. 1 del mismo art. 32 CE. Cierta es esa subordinación entre apartados; es decir, cierto que toda ley que regule el matrimonio por mandato del ap. 2 ha de respetar, ex art. 53 CE, la esencia constitucional del matrimonio consagrada en el ap. 1³⁵. Pero de ahí a justificar el divorcio sin causa por fundarse en un supuesto derecho fundamental, cual sería el derecho a «descasarse», que consagrara el art. 32.1 CE es ir demasiado lejos, más allá de la letra y del espíritu del art. 32 CE. En esta norma se consagra el tradicional *ius connubii*, el derecho o la libertad de contraer matrimonio, a casarse. Y de tener que sacar el reverso en negativo de tal derecho, tal inversión no sería el derecho a «descasarse», sino la libertad de no casarse, como últimamente han hecho el TC y el TS para legitimar constitucionalmente a las parejas no casadas, también llamadas uniones de hecho³⁶. El derecho a «descasarse», en general, o el derecho al divorcio, con mayor propiedad, de existir como tal derecho subjetivo (o más bien, como derecho potestativo³⁷), sólo tiene un origen y reconocimiento legales (en la Ley-2005 y, antes, en la Ley-1981), mas no supralegal o constitucional³⁸. Y si lo tuviera, lo tendría en el ap. 2, no el 1.º, del art. 32 CE, en ese que expresamente exige que la ley regule las causas de separación y divorcio. Y así vuelta a empezar.

La EM Ley-2005 no enfoca correctamente la verdadera cuestión; porque ésta no consiste en enfrentar normas de la propia CE (los arts. 1.1, 10.1 y 32, éste en sus dos apartados), ni tampoco en hacerle decir al art. 32 CE lo que no dice, menos aún para centrarse en su ap. 1, y no en el siguiente que es donde se exige una separación y una disolución causales. La cuestión es ver qué sentido tiene en el art. 32.2 CE la expresión «causas» y ver si realmente la Ley-2005 ha introducido una separación y un divorcio sin causas.

Sobre esto último —como ya se ha advertido—, políticos y juristas convienen en que el nuevo sistema de separación y divorcio es, en efecto, abstracto, que no ha de tener causa. Pero, ¿a qué causa se refieren? En el debate parlamentario se deja entrever el sentido que, al menos, los políticos dan a tal expresión. Tal vez por influencia del Informe del CGPJ, a lo largo de la tramitación parlamentaria de la Ley-2005, el PP objetaba el divorcio sin causa, especialmente cuando es unilateral, porque se está permitiendo la resolución de un negocio jurídico sinalagmático sin

35 Cosa, por cierto, que no parece haberse hecho con la otra Ley-2005, como así lo advertía en «¿Es constitucional, hoy, el matrimonio "homosexual" (entre personas de idéntico sexo)?», en RDP, 2005, especialmente pp. 43-46.

36 Al respecto, de nuevo el trabajo antes citado (pp. 49 y 50), con jurisprudencia y doctrina allí referidas.

37 Vid., HUALDE MANSO, T. («El derecho al divorcio», en RGLJ, 1989, pp. 7 y sigs.); y así lo dice hoy, ex Ley-2005, POU DE LA FLOR, M. P. (pp. 1745 y 1749).

38 Sobre la negación del derecho al divorcio como derecho extraíble del art. 16.1 de la Declaración de Derechos Humanos, véase DE FUENMAYOR, A. (*Divorcio: legalidad, moralidad y cambio social*, Pamplona, 1981, p. 123), con apoyo en NAVARRO VALLS, pues tal norma hace, como nuestro art. 32.2 CE, una mención genérica de la «disolución» conyugal.

alegación de causa, añadiendo el PP en varias ocasiones que con ello el matrimonio terminaría siendo peor que un contrato basura³⁹.

Nada nuevo bajo el sol. Tales críticas también fueron hechas en su día a la Ley-1981⁴⁰, pues comparando el matrimonio con otros contratos (de compraventa, alquiler...), el conyugal era el de más fácil resolución. Ahora se diría: si el arrendador sólo puede resolver el contrato si el inquilino no paga la renta (y lo mismo podría decirse de la compraventa...), ¿cómo es posible resolver el matrimonio si la otra parte no ha incumplido sus obligaciones?

Para salvar esa supuesta contradicción ha venido parte de la doctrina⁴¹ a decir otra vez que en sede de contratos, ora por ser una parte contratante más débil que la otra, ora por ser un contrato *intuitu personae* (fundado en una especial confianza), también es posible, además de la resolución por incumplimiento, la extinción por mutuo disenso y el desistimiento unilateral *ad nutum*, sin causa, como excepción que a veces la ley concede frente al art. 1256 C.c. Así, *vgr.*, sucede con el mandato, el contrato de sociedad (*cf.*, arts. 1700.4.º, 1705 y 1706 C.c.), con muchos de los contratos celebrados con consumidores o usuarios...

Al margen de que la réplica sea más o menos convincente, su error estriba en aceptar sin discusión la premisa de la crítica, esto es, en admitir sin más que el matrimonio es un contrato⁴² para luego comparar el régimen del matrimonio con el general de los contratos. Obsérvese, *vgr.*, en la comparación hecha antes, que ni el mutuo disenso ni el desistimiento unilateral que rige en algunos contratos han de estar declarados por un juez, constituidos en sentencia; en cambio, la separación y el divorcio, sí. ¿No será porque el matrimonio y los contratos son cosa diferente? Y, en general, ¿por qué hay que comparar el divorcio con la resolución, o la rescisión o con el desistimiento de un contrato? No hay que entrar en la comparación, porque la premisa, si bien no del todo falsa, es matizable. Desde luego, no procede aquí intentar desvelar la verdadera naturaleza jurídica del matrimonio. Para justificar, si es posible, el nuevo divorcio, bastará con

39 Así por boca de la Sra. Diputada Matador de Matos y de la Sra. Senadora España Moya, ambas del PP. Por su parte, decía el Informe del CGPJ (insistiendo en ello su vocal REQUERO IBÁÑEZ, J. L., *op. cit.*): «En materia jurídica, no se concibe un contrato sin causa. Así como sería una aberración jurídica la cancelación unilateral de un contrato (por definición sinalagmático), así también lo es un "divorcio sin causas justificativas": no causas morales, sino causas que jurídicamente justifiquen la denuncia y subsiguiente rescisión del contrato bilateral, que es el matrimonio. La ruptura del contrato jurídico matrimonial contra la voluntad de la otra parte signataria del negocio sinalagmático, debe dar derecho a ésta a obtener la compensación que le es debida. Eso es lo que la actual ley de divorcio —a la de 1981, se refiere— cuidó de establecer en términos, no por razones de tal o cual moral, sino por indispensable rigor jurídico sin dejar de ser por ello una ley progresista». Añadirá en la doctrina RAMOS CHAPARRO, E. (p. 1162), que tal cosa no sucede con ningún contrato por ser contrario al art. 1256 C.c., ¿o acaso —dice— el matrimonio es «un contrato no vinculante», «no obligatorio»? «Esto —responde— sería una contradicción en sus propios términos». *Idem*, RODRÍGUEZ CHACÓN, R. (p. 75); ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. («Matrimonio legal: ¿un nombre vacío? A propósito de las reformas del C.c. de julio de 2005», en *Libro-Homenaje a M. Amorós Guardiola*, I, Madrid, 2006, p. 1482); y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. («Una posible concepción del matrimonio en el C.c. El estado de la cuestión», en *Libro-Homenaje a M. Amorós Guardiola*, I, Madrid, 2006, pp. 1652 y sigs.), quien habla de la «privatización» del matrimonio, que ha dejado de ser un contrato. Sin el tono crítico de los autores anteriores, GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (pp. 48 y 49), considera que con la Ley-2005 se ha producido la descontractualización y, en sentido inversamente proporcional, la institucionalización del matrimonio.

40 Como simple botón de muestra, ALONSO PÉREZ, M. («Separación consensual, acuerdo para divorciarse y convenio regulador en el Derecho matrimonial español», en *Estudios en Homenaje a Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, pp. 13 y sigs.).

41 Recientemente, acerca de la Ley-2005, PASTOR VITA, F. J. (p. 3); SERRANO ALONSO, E. (*El nuevo matrimonio civil. Estudio de las leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código civil con Formularios*, Madrid, 2005, p. 109).

42 Lo niega, siguiendo a Lasarte, POUS DE LA FLOR, M. P. (pp. 1746 y 1747).

decir lo que no es el matrimonio⁴³, bastará con demostrar que el matrimonio no es un contrato, o al menos, no un contrato más, sino un contrato tan *sui generis*, que resulta incomparable con los demás contratos.

Es cierto que la tesis contractualista del matrimonio es hoy aceptada por el Derecho canónico (*cf.*, cánones 1055.2 y 1057). Mas no se olvide, por un lado, el germen histórico de tal concepción del matrimonio como contrato, que sirvió para dejar claro que las nupcias acontecían con el consentimiento, no con la cohabitación (*nuptias non concubitus, sed consensus facit*); y, por otro, que con tal dimensión contractual del matrimonio éste no se verá jamás degradado, pues por encima de aquella dimensión para el Derecho canónico el matrimonio es un sacramento.

En cambio, para el Derecho civil el matrimonio no es sacramental, nada lo es, de modo que, de aceptar sólo su dimensión contractual, el matrimonio sí quedaría degradado. Son tantas las diferencias entre el matrimonio y los contratos que no cabe la equiparación. Sin necesidad de entrar aquí en todas ellas, para el tema que interesa puede servir la cuestión de la causa. Junto al consentimiento y el objeto sobre el que versa, la causa es uno de los elementos esenciales de cualquier contrato, de modo que si no hay causa el contrato es nulo (*cf.*, arts. 1261 y 1275 C.c.). Y, ¿qué es la causa contractual? Sin necesidad de entrar en profundidades doctrinales, baste aquí con el art. 1274 C.c., cuya causa del contrato en absoluto se amolda al matrimonio; a nadie se le ha ocurrido el absurdo de afirmar lo contrario, ¿o acaso es el matrimonio un contrato gratuito como la donación (por contraposición al concubinato, que Kant⁴⁴ estimaba como contrato de alquiler)? ¿Cuál es la causa del matrimonio? En la mente de cualquiera con el mínimo de sentido común la respuesta es bien sencilla: la causa —natural o lícita, por supuesto— del matrimonio, al margen de que concurren otros motivos (¿o causas subjetivas?), es el amor⁴⁵. Claro es que no iba el legislador a emplear tal expresión, ni mucho menos definirla. Ni el legislador es poeta, ni sus leyes versos. El amor sería un concepto jurídico indeterminadísimo. Mas, ¿cómo se refiere, entonces, la ley a la causa del matrimonio? También es ésta una cuestión debatida, tanto que algunos, como Clavería, niegan la existencia de causa legal en el matrimonio, en el que sólo hay consentimiento (art. 45 C.c.)⁴⁶, de modo que hoy cabría calificar el nuevo sistema de separación/

43 Como así titula CLAVERÍA GOSALBEZ, L. H., uno de sus trabajos, aunque en esta materia destacan dos trabajos suyos: «Hacia una nueva concepción del matrimonio», en *La Ley*, 1983-2; y «Lo que sí es y lo que no es el matrimonio», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1996, pp. 259-280.

44 En sus *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*, donde también califica al concubinato de *pactum fornicationis* y de *pactum torpe*.

45 No en vano, muchas normas —estatales y autonómicas— sobre uniones no matrimoniales las describen como «relación de afectividad análoga a la conyugal». Admitiendo tal razón sentimental del matrimonio, para MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (pp. 30 y sigs.), en una crónica histórica que él hace de la figura del matrimonio puesto al servicio del individuo, quedaría ya superada su concepción contractual, la exaltación de la voluntad individual, y estaríamos en la tercera fase —que él llama (p. 34)—, la del «amor romántico», prediciendo una siguiente etapa (p. 36), la de la «atracción sexual», y una última (p. 38): el «fin del trayecto». Refiriéndose a aquella tercera etapa, la del amor-sentimiento, decía precisamente hace una década, hablando del divorcio (pp. 56 y 57), que «en su manifestación más radical, cuando el papel de la afectividad y el sentimiento en el matrimonio ya ha sido afirmado como esencial, el matrimonio puede depender de la voluntad de uno solo de los cónyuges: si el afecto ha cesado, y si alguien no quiere ya seguir unido a su esposo/a, ¿quién puede obligarle a continuar?; ¿quién puede sujetar su espíritu en el matrimonio, cuando se ha alejado de él? No hay obstáculos filosóficos para el divorcio por mutuo consentimiento, pero tampoco al provocado por la decisión unilateral de uno de los cónyuges».

46 Para CLAVERÍA GOSALBEZ, L. H. (*op. cit.*), tras la derogación en 1981 del impedimento matrimonial de impotencia (previsto en el originario art. 83.3.º C.c.), no hay causa o fin claro del matrimonio, del consentimiento matrimonial. Para él sólo se exigen la heterosexualidad —hoy ya tampoco esto— y la monogamia —de momento— (*ex arts. 32 CE y 44 C.c.*, respectivamente).

divorcio como consensual. Pero, como le replicaba a Clavería su maestro Jordano⁴⁷, ¿sobre qué versa esa voluntad?; ¿cuál es su causa-eficiente y función, su razón de ser, su finalidad? El art. 58 C.c. puede dar la pista, porque la voluntad de los contrayentes se refiere y expresa lo que dicen los arts. 66 a 68 C.c.⁴⁸; y ¿acaso no contienen tales normas la más objetiva –y desde luego anódina– noción posible que del amor pueda dar una norma? Expresan lo que los romanos llamaban la *affectio maritalis*, la intención de vida en común, de comunidad de vida. Y siendo esos los deberes que asumen recíprocamente los cónyuges, siendo esa la quintaesencia del matrimonio, ¿qué tiene que ver éste con cualquier contrato?; ¿qué tiene que ver, *vgr.*, el art. 66 con el 1254 C.c.⁴⁹?; ¿qué tienen que ver esos deberes de fidelidad, socorro... con los deberes de confianza, buena fe y auto-responsabilidad que asumen las partes de cualquier contrato? Por mucha que sea la confianza existente entre los contratantes, por mucha *affectio societatis* que, en particular, exista entre los socios al celebrar un contrato de sociedad, nada de ello es comparable con los deberes legales que el matrimonio genera, nada de ello se asemeja al alcance transpersonal y convergente de la *affectio maritalis*.

Siendo, entonces, el amor la causa-eficiente del matrimonio, ¿cuál será la causa-eficiente de la separación o del divorcio? Evidentemente, el desamor, la *desaffectio maritalis*. Y como tal, en su estado más puro, aparece dicha causa en la Ley-2005⁵⁰: unas veces ese desamor será compartido, en cuyo caso la separación/divorcio probablemente sea consensuada ante el juez; y en otras ocasiones el desamor aparecerá en uno sólo de los cónyuges, en cuyo caso la separación o el divorcio será probablemente unilateral⁵¹. Ahí, pues, están las posibles causas del divorcio. Se cumple, así, el mandato constitucional del art. 32.2 CE en su exigencia de causas, palabra ésta que, sin duda, se emplea *in sensu lato*⁵², ¿o acaso son las estrictas causas de la resolución contrac-

47 JORDANO BAREA, J. B. («Matrimonio y unión libre», en *AC*, 1999, pp. 182 y 183).

48 Así, recientemente, CARRIÓN OLMOS, S. («Reflexiones de urgencia en torno a las leyes 13 y 15-2005 por las que se modifica el C.c. en materia de separación y divorcio y derecho a contraer matrimonio», en la Ley-2005, n.º 6298, p. 3). Ya antes, JORDANO BAREA, J. B. (pp. 182 y 188).

49 En palabras de RAMOS CHAPARRO, E. (p. 1161), no son homologables.

50 Así lo cree también CARRIÓN OLMOS, S. (p. 14): «El sistema español de separación y divorcio seguirá siendo causal (aún tras la reforma), como no podía ser menos. La crisis matrimonial siempre tiene “causa”. Ha de tenerla necesariamente. Lo reclama la propia naturaleza de las cosas. Tras la reforma, la causa es única: viene constituida por la voluntad de ambos cónyuges, o de uno de ellos, de no permanecer en la unión. Jurídicamente, la causa misma de la crisis no cabe sino, de modo necesario, reconducirla a dicha voluntad. El legislador no puede llegar a más. Los sentimientos no son controlables jurídicamente». Por su parte, de forma breve y contundente, muy acorde a su estilo, dirá LASARTE ÁLVAREZ, C. (*op. cit.*), que «donde hubo consenso matrimonial –*solus consensus obligat*, decía la enseñanza clásica en materia contractual– originador del matrimonio, aparece el disenso, sea mutuo, sea unilateral, como causa única y suficiente». En la misma línea, SERRANO ALONSO, E. (p. 110).

51 Se emplea en el texto por dos veces el adverbio «probablemente» porque es posible que la demanda unilateral, contenciosa, lo sea no por el desamor compartido, sino por el desacuerdo en los efectos de la ruptura.

52 Así, ALONSO SERRANO, E. (p. 110): «En rigor la Ley-2005 no es inconstitucional no sólo porque el art. 32 CE no impone un elenco de causas sino porque además no puede decirse que la nueva regulación omita la mención de causas de separación o de divorcio, lo que realmente establece es una sola causa: la voluntad de uno de los cónyuges, lo que implícitamente no es otra cosa que la ausencia de *affectio maritalis*». Por su parte, dice GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (p. 53), que «frente a la posibilidad de referir positiva y casuísticamente cuales sean tales causas-remedio (separación de hecho) o causas-culpables (incumplimiento de obligaciones conyugales) el legislador ha obviado la posibilidad de explicitarlas substituyéndolas por la voluntad unilateral o concorde de los esposos que son quienes en exclusiva han de valorar su presencia y alcance. Ello supone, a mi juicio, una regulación plenamente respetuosa con el mandato constitucional, pues, en definitiva se ha erigido en causa de relajación del vínculo tanto el mutuo disenso como el desistimiento unilateral». Por eso, concluirá (pp. 69 y 70), que se ha pasado de un sistema causalista a un sistema voluntarista.

tual *ex art.* 1124 C.c.? El propio informe del CGPJ, con apoyo en el Auto TC de 3/10/1983⁵³ y en la indeterminación del art. 32.2 CE, decía que «el anteproyecto de ley no entra en colisión con el art. 32 CE, pues del mismo no se deduce un modelo concreto de regulación de las situaciones de crisis matrimonial». Añádase a tal conformidad la satisfacción de las exigencias –constitucionales también– de libertad. Porque, como hace casi 20 años dijo López y López elogiando la Ley-1981, «no se puede curar la falta de amor con la falta de libertad».

Excesivo, al respecto, parece el celo constitucional mostrado por CiU y por el PP en la tramitación de la Ley-2005; ambos partidos, para cumplir a pies juntillas con la mención de las causas del 32.2 CE, propusieron que si la causa era el desamor, así debía expresarlo el C.c., al menos para justificar, o causalizar, la separación/divorcio unilateral. Así, en su enmienda n.º 61 ante el Congreso, que repetiría en la n.º 10 ante el Senado, CiU proponía que el art. 81.2 dijese: «A petición de uno de los cónyuges, cuando concorra causa para ello. Son causas de separación:... 2.ª La voluntad unilateral de finalizar la convivencia por quiebra del necesario afecto marital para continuar en la misma. Dicha quiebra se considerará acreditada por el solo hecho de solicitar la separación». Algo parecido propuso el PP⁵⁴ y ha propuesto recientemente algún autor⁵⁵. Aparte de lo dicho antes sobre la indeterminación superlativa del amor, que desaconseja su mención expresa y directa en la ley, sólo faltaba que el legislador después de haber silenciado prudentemente tal expresión para referirse a la causa del matrimonio, la emplease luego para referirse a la separación y al divorcio. Tal cosa, amén de inoportuna, hubiera sido innecesaria. En la propia interposición de la demanda de separación o de divorcio va ínsita su causa, la razón del *petitum*: el desamor. De igual modo, en el fondo, o en la estructura lingüística profunda, de los vigentes arts. 82 y 86 C.c. subyace la causa de la separación o del divorcio, sin necesidad de que lo expresen.

Tan es así que la falta de intención de comunidad de vida ha venido siendo admitida desde hace tiempo ya por la práctica forense para facilitar la separación y, así luego, el divorcio. No hace, pues, la Ley-2005 más que convertir en ley el *usus fori*, lo que ya venían haciendo muchas Audiencias Provinciales⁵⁶, que, a fin de eludir la dificultad de probar las causas de separación que el C.c. exigía, concedían la separación a partir de la *desaffectio maritalis* apoyándose –apuradamente, muchas veces– en el inciso final del anterior art. 82.1.ª C.c. (actualizados a los nuevos tiempos por interpretación sociológica *ex art.* 3.1 C.c.).

El cambio, por tanto, de la Ley-2005 no es la desaparición de la causa, sino presumirla *iuris et de iure* una vez interpuesta, conjunta o separadamente, la demanda de separación o de divorcio. La propia EM Ley-2005, tras referirse a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad como fundamento constitucional del nuevo divorcio –supuestamente– sin causa, dice: «Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de

53 En dicho Auto, acerca de un posible caso legalmente previsto de separación unilateral, se decía que tal caso «no se encuentra formulado expresamente en la Constitución».

54 En sus enmiendas n.º 77, ante el Congreso, y n.º 22, ante el Senado, propuso el PP que el art. 82 C.c. dijera: «Son causas de separación: 1. Cualquier situación que implique ruptura de la convivencia familiar de forma que su continuación sea perjudicial para cualquiera de los cónyuges o sus hijos».

55 Así, RAMOS CHAPARRO, E. (p. 1158), como «cláusula general prácticamente inocua», según él mismo dice, propone (nota 3), «por ejemplo, del tipo: “incumplimiento de los deberes conyugales...” o “ruptura efectiva de la convivencia” o “cese del afecto conyugal”, etc.».

56 Así lo insinúa al menos, la EM Ley-2005 (en su párrafo 8.º, que comienza diciendo: «Los tribunales de justicia, sensibles a esta evolución...»); como así lo dicen claramente SERRANO ALONSO, E. (p. 110); GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (pp. 41 y sigs.); y ORTUÑO MUÑOZ, P. (pp. 25 y 26). Para un análisis más detallado de esa «jurisprudencia» menor, PÉREZ MARTÍN, T. e HIJAS FERNÁNDEZ, E.: *La jurisprudencia matrimonial en las Audiencias Provinciales*, Valladolid, 1999.

la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud». O dicho de otro modo: la novedad de la Ley-2005 es la innecesidad de alegar y, sobre todo, de acreditar la causa de la separación o del divorcio, o mejor dicho, la causa de la causa. Necesaria es esta última precisión, que no es simple juego de palabras, porque lo que en la Ley-1981 se estimaban como causas de separación y divorcio (arts. 82 y 86 C.c.), eran las concausas, las causas varias y posibles —o simples motivos justificantes— de la causa, de la ruptura o quiebra irreparable de la *affectio maritalis*. Con la peculiaridad de no entrar en esos motivos de la causa: en primer lugar, se evita la dificultad, no sólo material sino a veces también sentimental, de tener que acreditar dichas concausas o simples motivos ante el juez, ni ante nadie⁵⁷. En segundo lugar, se respeta aún más la necesaria objetividad y no culpabilidad que ha de regir en todo proceso de separación y de divorcio. Más aún, a veces con el simple peligro o riesgo, como dice ahora el art. 81.2.º C.c., bastará para pedir la separación o el divorcio, sin tener que esperar a que —y así evitando que— en efecto la crisis se manifieste y explique por una causa cruel (como los malos tratos), o por una causa indigna (como la infidelidad), ya producida, ya una vez hecho el daño. Hubiese sido, pues, un error anclarse en el pasado y haber mantenido la necesidad de concurrencia y prueba de alguna causa de la causa, como pretendían algunas enmiendas de CiU y del PP al querer que el C.c. siguiese hablando de «la violación grave o reiterada...» de los deberes conyugales o de los paternos⁵⁸. Y que nadie vea injusticia ni desproporcionalidad en que pueda haber separación o divorcio por igual haya o no habido cumplimiento de los deberes conyugales y paternos, acaso como si éstos no fuesen tales deberes o su incumplimiento fuese indiferente para el Derecho, una infracción carente de sanción: por un lado, como ha quedado dicho arriba, ni antes, con la Ley-1981, ni ahora, con la Ley-2005, la separación conyugal es una sanción a la inobservancia de los deberes matrimoniales; y, por otro lado, tampoco tales infracciones han quedado impunes, no sólo para el Derecho penal (*vgr.*, delito de abandono familiar, malos tratos...), sino tampoco para el Derecho civil (*vgr.*, cese de la patria potestad, del deber de alimentos, desheredación...)⁵⁹. No puede, pues, decirse que con la Ley-2005 los deberes conyugales hayan dejado de ser deberes jurídicos *stricto sensu*, para retornar a su pureza

57 Como dicen BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (p. 1945); PÉREZ MARTÍN, A. J. (p. 3); y ORTUÑO MUÑOZ, P. (pp. 10, 11 y 15), se respeta la privacidad y la intimidad, personal y familiar.

58 CiU, en sus enmiendas n.º 61, ante el Congreso, y n.º 10, ante el Senado, proponía que el art. 81.2 dijese: «Son causas de separación: 1.ª La vulneración por parte del otro de los deberes entre los cónyuges, establecidos en el Capítulo V del Título IV del presente Código, y/o —sic— la vulneración por parte del otro de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar». Y en similar sentido, en sus enmiendas n.º 77, ante el Congreso, y n.º 22, ante el Senado, propuso el PP que el art. 82 C.c. dijera: «Son causas de separación: 2. Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar».

59 Así, el propio DE VERDA BEAMONTE, J. R. (pp. 160 y 161). Súmese a ello —como también admite De Verda—, aunque aún resulte materia debatida, el paulatino reconocimiento por las Audiencias Provinciales (frente al TS) de la indemnización por daños —incluso morales— causados por incumplimiento de los deberes conyugales (*vid.*, entre otros, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales», en J. R. De Verda Beamonte (coord.): *Daños en el Derecho de Familia*, Pamplona, 2006, pp. 147-177). Curiosamente, sin embargo, RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. (*op. cit.*) critica la pervivencia de la extinción de la obligación de alimentos y de la desheredación como efectos del incumplimiento de los deberes conyugales, pues para esta autora ello se contradice con el nuevo sistema descausalizado y no culpabilístico de separación y divorcio, como lo demuestra, dice, la pérdida de importancia real, o práctica, del art. 855 C.c. a la vista del nuevo art. 834 C.c., por cuanto que si ya hay separación, judicial o de hecho, innecesaria será ya la desheredación.

o fuerza ética⁶⁰. Ni mucho menos puede admitirse que hoy el matrimonio sea menos obligatorio que un noviazgo, por cuanto en éste sólo vale la ruptura indemne si existe causa (art. 43 C.c.)⁶¹; ni tampoco que la Ley-2005 haya dado reconocimiento al libre albedrío de cumplir o no con el matrimonio, con sus deberes, con su compromiso⁶². La libertad que reconoce la Ley-2005 no es esa, no es la genuina autonomía de la voluntad; su fin ha sido igualar la libertad para casarse y para «descasarse». Y si en efecto hay casamiento, el matrimonio no dejará de ser con esta ley un acto jurídico obligatorio, donde el margen de autonomía privada para fijar y observar su dimensión personal será tan inexistente como antes de la Ley-2005.

3. Refutación de los supuestos peligros del actual divorcio: ¿la destrucción del matrimonio o su revivificación natural como única vía legal para la *affectio maritalis*? La resurrección actualizada del repudio romano clásico

Amén de las objeciones, sobre todo teóricas, hechas a la Ley-2005, hay quien ve ciertos riesgos prácticos en no entrar en la causa determinante de la crisis, y en prescindir, por tanto, de que tal motivo haya sido o no el incumplimiento de los deberes conyugales o paternos.

Probablemente la mayor objeción práctica hecha a la Ley-2005, ya mientras se tramitaba, sea el desconocimiento de causa —nunca mejor dicho— del juez para determinar los efectos —personales y patrimoniales— de la separación o del divorcio, su ignorancia de la situación familiar para controlar la legalidad y la justicia del contenido del convenio regulador acordado o, sobre todo, de la propuesta de convenio en caso de demanda unilateral⁶³. Una vez más, nada nuevo bajo el sol. Esta objeción ya fue hecha en su día a la Ley-1981⁶⁴. Y en el caso de la vigente ley, la réplica a tal objeción ya se hizo a lo largo de su propia tramitación⁶⁵: además de que —como quedó dicho antes— jamás haya habido correlación, ni automatismo entre la causa de la separación y sus

60 En cambio, y por las razones críticas indicadas en texto, así lo creen RODRÍGUEZ CHACÓN, R. (pp. 72-75); LÓPEZ SUÁREZ, M. A. (pp. 313 sigs.); RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. (*op. cit.*); y mis co-discípulos ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (p. 1483); y RAMOS CHAPARRO, E. (pp. 1164 y 1165), quien incluso ve aquí otro posible motivo de inconstitucionalidad por cuanto ya la ley no regula los deberes del matrimonio, como exige el art. 32.2 CE.

61 Como, en cambio, creen RAMOS CHAPARRO, E. (p. 1165); y DE VERDA BEAMONTE, J. R. (p. 181, nota 47). Por su parte, CARDENAL HERNÁNDEZ, J. (p. 55), considera que la reforma legal confunde el enamoramiento con el compromiso moral y jurídico de fidelidad a otra persona.

62 Como, en cambio, creen VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (*Matrimonio y divorcio*, Madrid, 2005, pp. 98 y 99); y RODRÍGUEZ CHACÓN, R. (p. 61), quien incluso llega a dudar de que el matrimonio implique ya un compromiso, «pues un compromiso que se puede romper *ad limitum*, difícilmente puede calificarse de compromiso».

63 Así, en parte, CiU, en sus enmiendas n.º 61, ante el Congreso, y n.º 10, ante el Senado. Y, sobre todo, el PP, a través de la Sra. Diputada Matador de Matos y de la Senadora España Moya.

64 *Vid.*, por todos, ALONSO PÉREZ, M. (p. 17).

65 Por la Sra. Diputada Couto Rivas (del PSOE) en el Congreso el 6/4/2005: «En relación a la argumentación que hace CiU en su enmienda 61, consideramos que el juez no tiene por qué tener conocimiento de la situación familiar de ese matrimonio que quiere poner fin a su convivencia para la decretar la separación o el divorcio, basta manifestar la voluntad de querer poner fin unilateralmente o ambos a esa convivencia para que se decrete la separación o el divorcio. Cosa distinta son los efectos de esa separación o divorcio. A lo largo de todo el texto se hace un gran hincapié en el mutuo acuerdo, porque quién mejor que los cónyuges pueden conocer su estructura familiar, quién mejor que ellos logrando un mutuo acuerdo pueden regular los efectos de ese proceso de separación o divorcio, pero también sabemos que cuando no es posible el mutuo acuerdo, ahí sí el juez tendrá que tener conocimiento de la situación familiar y ahí sí que se tendrá que dar una motivación para poder regular esos efectos. De hecho... el art. 81 dice que a la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación». Luego, el 14/6/2005, insistirá en ello la Sra. Senadora del PSOE Martínez García.

efectos, el juez siempre tendrá conocimiento de la situación familiar: ora por el propio convenio regulador (que precisamente opera cuando hay acuerdo), ora por la propuesta «fundada» —como dice el art. 81.2.º C.c.— de convenio (en caso de demanda unilateral, contenciosa)⁶⁶. Añádase que la labor de control y de investigación de la situación familiar por parte del juez ya existía en la Ley-1981 en normas que, o bien no han sido alteradas en la Ley-2005 (vgr., arts. 90 a 107 C.c.), o que lo han sido para, precisamente, asegurar ese control judicial en aras del interés familiar en general y del más débil en particular (vgr., el de los hijos *ex* art. 92 C.c., sobre guarda compartida). Asimismo, aunque aún no sea una realidad estatal, ya en la Ley-2005 se prevé la creación de la mediación familiar, cuya intromisión pacificadora en la situación familiar es innegable.

Otro peligro —por lo visto— del nuevo divorcio es el debilitamiento del compromiso matrimonial dada su más fácil y rápida ruptura, pudiendo tal cosa provocar que tanto el hecho de casarse como el de «descasarse» sean ambos por igual irreflexivos. Esto se dice hoy de la Ley-2005⁶⁷, pero también se dijo en su día de la Ley-1981⁶⁸; y que se sepa tal irreflexión no se ha producido en los casi 25 años que separan ambas leyes. El verdadero riesgo viene cuando de la irreflexión se pasa al plano de la maleficencia, en el que, curiosamente, hay críticas contrapuestas a la ley: para unos el más fácil divorcio puede servir como presión del consorte económicamente más fuerte sobre el más débil⁶⁹; también se decía esto de la Ley-1981⁷⁰, cuando por entonces aún no se conocía con precisión el alcance real de la pensión compensatoria, que, precisamente, sirve para proteger al cónyuge económicamente más débil. Pero precisamente por esto último sobre todo, para otros un divorcio tan fácil y cercano a la fecha de las nupcias podría incentivar a los vulgarmente llamados cazadotes⁷¹. Tampoco existe tal peligro. Sobre todo, pudiendo ser tan cercana la ruptura a la celebración del matrimonio, si el interés en la separación o el divorcio es puramente

66 Para ORTUÑO MUÑOZ, P. (p. 36), con tal reforma «el enjuiciamiento de hechos del pasado es la excepción, por cuanto lo esencial es la regulación de las medidas que, en el futuro, van a regular los efectos de la ruptura».

67 RAMOS CHAPARRO, E. (p. 1164); CARRASCO PERERA, A. (*op. cit.*); BARBERO, T. y otros (pp. 27 y 28). De hecho, en el Informe del CGPJ al Anteproyecto legal se proponía el establecimiento de un plazo de reflexión una vez instada la separación o el divorcio (sobre todo, cuando lo era unilateralmente), para que con ello quedase demostrada «la objetivación de la seriedad y persistencia en la voluntad unilateral disolutoria». Así también, CARDENAL HERNÁNDEZ, J. (pp. 30 y sigs.); ESCRIVÁ-IVARS, J. («Sistema matrimonial y derechos fundamentales. Notas sobre la nueva legislación matrimonial», en *La reforma del modelo de familia en el C.c. español*, Granada, 2005, p. 93).

68 ALONSO PÉREZ, M. (p. 16).

69 RAMOS CHAPARRO, E. (p. 1163): «la posibilidad de un divorcio inmediato por pura decisión unilateral puede servir muy bien como instrumento de violencia moral y de chantaje afectivo. Para evitar el cumplimiento de la «amenaza de divorcio», el cónyuge económicamente débil o interesado aún en la convivencia, tal vez haya de tolerar muchas cosas que no estará dispuesto a soportar si el otro no pudiese de hecho obtener el divorcio tan fácilmente». Aparte de lo que luego en texto se diga, ¿acaso evitará este riesgo la propuesta de *lege ferenda* que el propio Ramos hace en la nota (3) de su trabajo? Recuérdese, aquella pretensión de que el art. 81 no callara la causa de la separación, la del desamor, y dijese «por ejemplo...: “incumplimiento de los deberes conyugales...” o “ruptura efectiva de la convivencia” o “cese del afecto conyugal”, etc.». También creen que un más fácil divorcio beneficia al cónyuge más fuerte frente al más débil —generalmente, se dice, la mujer—, CARDENAL HERNÁNDEZ, J. (pp. 38 y sigs.); MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (p. 1657).

70 ALONSO PÉREZ, M. (p. 16), refiriéndose a la separación consensual del anterior art. 81.1.º C.c., decía: «El cónyuge con más poder económico, con más capacidad de persuasión o simplemente más sagaz, intentará convertir la separación en un negocio de adhesión, para arrancar un asentimiento de la contraparte según sus conveniencias».

71 Para BARBERO, T. y otros (p. 28, nota 4), «otorgar facilidades para la ruptura del vínculo si supondrá un incremento de los llamados matrimonios de conveniencia o blancos». Para PÉREZ MARTÍN, A. J. (p. 4), el riesgo es que ante la abundante inmigración actual un extranjero ya nacionalizado se case y divorcie continuamente a cambio de dinero con otros extranjeros para así éstos adquirir la nacionalidad española. Pero, como él mismo advierte, este problema no se soluciona con una ley del divorcio, sino con una ley sobre nacionalidad y extranjería.

económico, también lo fue el del propio matrimonio. Por eso, para evitar el engaño del cazadote, o de quien en general se case por conveniencia, basta con que el cónyuge demandado por aquél reconvenga pidiendo la nulidad matrimonial (por error, simulación...)⁷², en cuyo caso siendo además de mala fe el cónyuge demandante, no podrá éste beneficiarse del llamado matrimonio putativo⁷³. No en vano tal posibilidad de reconversión ha sido reforzada con la Ley-2005 (en su reforma del art. 770.2.º LEC).

A propósito de esto último sí aparece un defecto en la Ley-2005: si, en efecto, no hay peligro de matrimonios complacientes, y si lo único que para la Ley-2005 importa es la *desaffectio* como causa de la separación/divorcio, siendo indiferente cuál sea su motivo, ¿por qué los arts. 81 y 86 C.c. imponen una espera de tres meses desde la celebración del matrimonio?; ¿por qué sólo cabe instar la separación/divorcio antes si hay peligro para la vida..., y debiéndose además probar tal peligro?⁷⁴ Incluso en tal caso, ¿por qué se ha de esperar a que exista dicho riesgo o peligro?⁷⁵ Ni en la letra, ni en el espíritu de la Ley-2005 se encuentra justificación bastante para esos tres meses, advirtiendo solo su Exposición de Motivos que del anterior plazo anual para la separación consensual de la Ley-1981, ahora «se ha procedido a reducir a tres meses el tiempo que prudentemente debe mediar entre la celebración del matrimonio y la solicitud de divorcio»; mas, ¿a qué se debe tal «prudencia»? Tampoco en la gestación de la Ley-2005 hay respuesta, ni razón de tal plazo; al contrario, sólo hay críticas, sobre todo de CiU⁷⁶, y ciertas dudas, ¡del propio

72 Y advierte CAÑETE QUESADA, A. (p. 6), que frente al supuesto peligro del matrimonio de complacencia en general, siempre queda la nulidad a instancia del propio Ministerio Fiscal *ex* art. 74 C.c., que —además, hay que añadir— será fácilmente apreciable en el caso más peligroso que propone Pérez Martín (en nota anterior), a la vista de las inscripciones de matrimonio y divorcio en el Registro Civil. Súmese a ello las otras medidas ya adoptadas al respecto (vgr., la Instrucción de 31 de enero de 2006, de la DGRyN, sobre los matrimonios de complacencia).

73 Según HORNERO MÉNDEZ, C. (p. 301), no podrá pedirse, por la cercanía de las nupcias, una pensión compensatoria; a lo más una indemnización *ex* art. 98 C.c., aunque tal cosa, claro, sólo podrá exigirla el cónyuge de buena fe frente al de mala fe.

74 Lo critican, entre otros, RODRÍGUEZ CHACÓN, R. (p. 69); y BARBERO, T. (p. 33), para quien permitiendo la separación/divorcio sólo antes de los tres meses por las causas del art. 81.2.º C.c. se retorna al divorcio-sanción que, precisamente, pretendía ser removido por la reforma. Por eso mismo, aunque tal vez con exageración, considera PAS-TOR VITA, F. J. (p. 5), que tal exigencia de 3 meses es inconstitucional: por un lado, por ser contraria el fundamento o espíritu constitucional de la reforma (la libertad y el libre desarrollo de la personalidad); y, por otro, por vulnerar la exigencia de igualdad al haber discriminación de casos en el propio art. 81.2.º C.c..

75 ORTUÑO MUÑOZ, P. (p. 33), relativiza, no obstante, la cuestión: «la razón es puramente simbólica, sin relevancia práctica, puesto que al insignificante número de casos que presentará la casuística, se añade la inexistencia de aplazo alguno para demandar la nulidad matrimonial a partir del día mismo de la celebración del matrimonio». Así también RODRÍGUEZ CHACÓN, R. (p. 69).

76 En sus enmiendas n.º 61, ante el Congreso, y n.º 10, ante el Senado, CiU propuso la supresión del plazo de tres meses, incluso para la separación/divorcio unilateral (que, eso sí, proponía como causalizada, aunque una de las causas era la genérica de la *desaffectio maritalis*), con la siguiente argumentación: «Si bien es cierto que el Proyecto recoge excepciones en el sentido de que el plazo previsto no será exigible cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral... del cónyuge demandante o de los hijos que convivan con ambos, ello implica, de una parte, el riesgo de tener que acreditar estas situaciones y no poder hacerlo, y de otra, la tentación de acudir por esta vía a un atajo procesal para no tener que esperar estos tres meses para interponer la demanda de separación, con el descrédito que ello puede conllevar para el propio sistema, máxime cuando la inmediatez para solicitar la separación puede ser necesaria no sólo en los supuestos de violencia que se contemplan en el Proyecto, sino también en otras muchas situaciones que pueden hacer insostenible desde el primer momento la convivencia conyugal. (...) Por todo ello, entendemos que en sede de procedimiento contencioso no tiene justificación el plazo mínimo de duración del matrimonio, en especial si se sostiene que una de las novedades de la reforma es dar prioridad a la voluntad de los particulares para decidir la permanencia en la vida conyugal». En ello insistirá la Sra. Diputada Pigem i Palmés ante el Congreso (el 6/4/2005).

PSOE⁷⁷! Tal vez, amén de evitar engaños y fines torticeros, con esos tres meses se pretenda que la crisis matrimonial sea definitiva, no pasajera, ni la propia del comienzo de la vida en pareja, sino que la decisión de separación/divorcio sea madura⁷⁸. Pero si ésta es la *ratio*, una de dos: o bien el plazo debía ser mayor⁷⁹ o bien no debía existir ningún plazo mínimo de vigencia del matrimonio⁸⁰. Más oportuno, quizá, hubiera parecido esto último. No obstante, el plazo, cualquiera que éste sea, a nadie satisfará: para unos será escaso, para otros excesivo. Tales quejas ya se produjeron incluso con el plazo anual del art. 81 C.c. tras la Ley-1981⁸¹. Y tal insatisfacción se mantendría aunque la Ley-2005 hubiera impuesto, al modo francés, un plazo mínimo de 6 meses, como así parecía proponer el CGPJ en su Informe. Porque el alcance y el momento de la ruptura no se pueden prever, ni medir temporalmente. Hubiese sido, pues, más acertada la no imposición de tiempo ninguno entre las nupcias y la ruptura. No con ello la decisión sobre la separación o el divorcio iba a ser menos reflexiva o más inmadura y caprichosa⁸². Como quedó dicho arriba, la convicción quedará patente en el contenido del convenio regulador o en el de la propuesta unilateral de separación/divorcio que se presente. Esta es, precisamente, la razón por la que en el sistema de divorcio portugués⁸³ y, recientemente, en el francés (tras su reforma de 26/5/2004), no se exige tiempo mínimo de matrimonio para el divorcio consensual. Como dice Guillermo Freire, hoy en Portugal los novios pueden de mutuo acuerdo casarse por la mañana y divorciarse por la tarde. No obstante, para el divorcio unilateral tanto en Portugal como en Francia, y en tantos otros lugares, sí se requiere de un tiempo mínimo de matrimonio y luego de separación previa al

77 Especialmente, el Sr. Diputado socialista Villarrubia Mediavilla, quien a las críticas de CiU, algunas de las cuales se toman en texto, respondió el 6/4/2005 diciendo: «Otro pilar de la reforma es la supresión de los plazos previos para solicitar la separación o el divorcio, manteniendo, exclusivamente con carácter general, el transcurso del plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio. Entre paréntesis tengo que decir que compartimos, sobre todo desde el punto de vista jurídico, las razones que avalan las posiciones de algunos grupos para sostener que probablemente no tenga justificación excesiva el mantenimiento de este plazo, pero hemos optado políticamente por mantenerlo porque entendemos que no hay razones demasiado poderosas que hagan que se conculque, ni siquiera mínimamente, ningún tipo de derechos, y el plazo de tres meses nos parece razonablemente corto para poder mantener esas cautelas. En aras del máximo grado de consenso con el conjunto de los grupos, y dejando claro que al menos en la filosofía y desde el punto de vista jurídico nos parecen casi más poderosas las razones que avalarían la tesis de este plazo, hemos optado por mantener la redacción tal como iba en el proyecto de ley». Desde luego, el que todo esto se diga entre paréntesis, como él mismo dice, acaso como si se dijera creyendo estar oculto a cámaras y micrófonos, no justifica el separar la Filosofía y el Derecho de la Política para emparentar a ésta con la ignorancia y la tautología del sí porque sí.

78 Así lo cree uno de los pocos que no critica ese plazo de tres meses, DE VERDA BEAMONTE, J. R. (pp. 184 y sigs.), quien lo estima como necesario período de reflexión.

79 Como propone BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (p. 1946), para quien el plazo de tres meses «propicia la falta de responsabilidad de las personas a la hora de contraer matrimonio: ¿es adecuado el equilibrio resultante entre libertad individual y responsabilidad social?».

80 Es la opinión común: ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. (pp. 42 y 43); el vocal del CGPJ, LÓPEZ TENA, A. (*op. cit.*); CAÑETE QUESADA, A. (pp. 2 y 3); ALONSO SERRANO, E. (p. 111); BARBERO, T. y otros (pp. 27, 33 y 34); GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (p. 64); LORCA NAVARRETE, A. M. y DENTICI VELASCO, N. M. (pp. 28 y 29), para quienes la espera de tres meses es «un monumental estorbo».

81 Así, *vgr.*, decía ALONSO PÉREZ, M. (p. 13), que «se ahoga la semilla matrimonial cuando apenas ha germinado».

82 O, como dicen BARBERO, T. y otros (*op. cit.*), puede ser tan irreflexiva como la propia decisión de casarse.

83 Así, FREIRE FALÇAO DE OLIVEIRA, G. («El régimen del divorcio en Portugal. A propósito del nuevo Proyecto español: ¿un caso de “paralelismo espontáneo”?», en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI cit.*, Madrid, 2006, pp. 43 sigs.).

divorcio (2 años en Francia). ¿La razón? Eludir los matrimonios de conveniencia y, sobre todo, evitar que el divorcio sea un divorcio-repudio⁸⁴.

Amén de lo ya dicho sobre posibles engaños, y de que se olvida con tal régimen la posibilidad de que en el tiempo mínimo impuesto de matrimonio el desacuerdo puede versar sobre los efectos de la separación/divorcio, no sobre el hecho de la crisis irreparable en sí, ¿qué miedo hay a instaurar el repudio?

No por casualidad, la mayor crítica que se le hace hoy al divorcio de la Ley-2005, con especial énfasis a su divorcio unilateral, es el ser una pieza extraña en nuestro entorno europeo; sólo en Suecia y en Finlandia rige un divorcio «sin causa» (como el actual nuestro); y se critica que el nuevo divorcio sea también ajeno a nuestra tradición, a nuestra historia, pues a lo más que recuerda nuestro divorcio actual es al repudio hebraico y al coránico. Así lo dijo el CGPJ en su Informe de 27/10/2004 sobre el Anteproyecto legal⁸⁵, y así lo dice hoy cierta doctrina⁸⁶. Tampoco ahora la crítica es original. Ya otros la hicieron hace años al divorcio de la Ley-1981⁸⁷. Pero, en ambas ocasiones, injustificadamente: decir que el nuevo divorcio es ajeno a nuestra tradición y a nuestro entorno parece, como poco, irónico. Conocida nuestra vasta tradición divorcista —y esto es ironía—, ¿cómo no va ser ajena a nuestra historia cualquier ley que permita el divorcio? Lo conforme a nuestra tradición, católica desde hace siglos, sería una ley que volviese a proscribir el divorcio y a proclamar la indisolubilidad del matrimonio. En cambio, cualquier ley que la permita, no podrá por menos que ser contraria a nuestra tradición.

Y continuando con las comparaciones, de hacerlas históricamente, no parece necesario remontarse a los ancestrales repudios hebreo y musulmán para ver en ellos un lejano antecedente del divorcio unilateral de la Ley-2005. Sí es cierto que, teniendo cierta perspectiva histórica, poca originalidad hay en este divorcio unilateral. Llevaba razón Aristóteles: la historia se repite, es cíclica. En efecto, con la Ley-2005 se retorna al pasado, lejano ciertamente, pero nuestro, hay una casi repetición de la antigua historia jurídica de Occidente. Hoy, nuestra Ley-2005 ha resucitado el repudio del Derecho Romano clásico⁸⁸, imperante en todo el Imperio, incluida la

84 Así, PETERKA, N. («El divorcio francés tras la ley de 26 de mayo de 2004», en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI cit.*, Madrid, 2006, pp. 17 y sigs.).

85 Observada la inexistencia de causa justificativa y ante la posibilidad de que incluso en la tramitación parlamentaria se eliminara el plazo de tres meses, decía dicho informe del CGPJ: «Si así sucediera nos encontraríamos: a) con una regulación sin parangón en el Derecho europeo, y b) con una figura que sólo se encuentra en la tradición musulmana. Se llama repudio». Luego volverá a insistir en que el sistema del Anteproyecto de ley «no es lo que rige en nuestro entorno jurídico y cultural al que pertenecemos ya que el divorcio unilateral sin causa es realmente excepcional y aceptado, y siempre con plazos, en dos países nórdicos (Finlandia y Suecia), más alejados de nuestra tradición jurídica. (...) El plazo que se ha establecido supone el consagrar un divorcio unilateral que va mucho más lejos de lo previsto incluso en los dos países que lo admiten, pues se reduce considerablemente al fijarse en tres meses frente a los seis de Finlandia y Suecia». En todo ello insistirán luego el vocal del CGPJ REQUERO IBÁÑEZ, J. L. (*op. cit.*), y, en la tramitación parlamentaria de la Ley-2005, la Sra. Diputada Matador de Matos y la Sra. Senadora España Moya, ambas del PP.

86 RAMOS CHAPARRO, E. (pp. 1159 y 1161); CARDENAL HERNÁNDEZ, J. (pp. 36 y 37); MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (p. 1653); ESCRIVÁ-IVARS, J. (pp. 90 y 91).

87 En su sintético repaso histórico por el divorcio en España, JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (p. 7, nota 100), cita al respecto a DIEZ-PICAZO, ALONSO PÉREZ, GARCÍA CANTERO...

88 Para todo lo que a continuación se dice del Derecho romano, BONFANTE, P. (*Instituciones de Derecho Romano*, 5.^a ed., 2.^a reimp., pp. 180-183 y 189-194); e IGLESIAS, J. (*Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 1987, pp. 564 y sigs.); más detenidamente, ARIAS BONET, J. («El matrimonio en el Derecho Romano», *AAMN*, XIII, 1962, pp. 7 y sigs.); y GARCÍA GARRIDO, M. J. («La convivencia en la concepción romana del matrimonio», en *Libro Homenaje a Giménez Fernández*, Sevilla, 1967, pp. 36 y sigs.); y, sobre todo, la monografía de RUIZ FERNÁNDEZ, E. (*El divorcio en Roma*, Madrid, 1992).

antigua Hispania, antes de que por influencia del cristianismo ya algunos Emperadores romanos comenzaran a restringir el divorcio hasta culminar con la indisolubilidad del matrimonio. Pero hasta entonces, en Roma existieron, *grosso modo*, dos tipos de divorcio: por un lado, el divorcio en sentido propio —el *divortium*— (por acuerdo mutuo); y, por otro, el divorcio unilateral o repudio en sentido estricto —el *repudium*— (en sus dos modalidades: por culpa y *sine causa*), que históricamente fue incluso anterior al divorcio consensuado. Por supuesto, no se ha limitado la Ley-2005 a trasplantar sin más dicho divorcio a nuestro C.c. Los tiempos cambian. El repudio del art. 81.2.º C.c. (que al modo romano puede ser o no circunstancial), está actualizado: a) por exigencias de igualdad, el repudio actual es de doble vía, no sólo posible a instancia del marido, sino también a la de la mujer; y b) el renacido repudio es formal, guarda ciertas solemnidades, especialmente la intervención judicial, por razones de control público de legalidad y de seguridad jurídica (para terceros). Por idénticas razones también el acto opuesto, el de las nupcias, está hoy sujeto a solemnidades. En cambio, en el Derecho romano, hasta la era cristiana, se permitía el divorcio sin formalidad ninguna⁸⁹, porque también sin formalidad ninguna se podía constituir el matrimonio; bastaba con el consentimiento matrimonial (la intención de vida plena y estable en común, la *affectio maritalis*), que había de ser renovado de forma continua y duradera, día a día. Mientras persistía tal intención, así lo hacía el matrimonio, y cuando esa *affectio* cesaba, también cesaba automáticamente el matrimonio, siendo únicamente necesario dar aviso al otro cónyuge de palabra, por carta (*per litteras*) o por mensaje (*per nuntium*). Como entre nosotros explica Clavería, el matrimonio romano clásico se constituía como acto jurídico permanente, a diferencia del posterior matrimonio católico, que se concebirá como acto jurídico vinculante (un acto sometido a ciertas solemnidades que vincula desde entonces de por vida).

Ciertamente, para que hubiera verdadero matrimonio en el Derecho romano clásico, junto a aquel elemento subjetivo (la *affectio maritalis*), se exigía un componente objetivo que demostrara la realidad de aquella intención: la convivencia conyugal; pero era éste un elemento secundario, que no siempre se traducían en una convivencia permanente y material bajo el mismo techo. Así también sucede hoy, mas no como novedad de la Ley-2005. Es verdad que, en coherencia con los nuevos arts. 81 y 86 C.c., el anterior art. 87 C.c. ha sido derogado, vaciado de contenido, pero aún subsiste el anterior art. 105 C.c. que todavía prueba que también hoy importa más la intención —la clásica *affectio maritalis*— que la cohabitación —el clásico *corpus cohabitationis*.

Habida cuenta de todo esto, se comprenderá perfectamente que en la Ley-2005 no sólo hay una ley del divorcio. Más radicalmente, de fondo y raíz, hay una ley de reforma del matrimonio: del matrimonio como acto vinculante se ha vuelto al matrimonio como acto permanente. A buen seguro que esta reforma gustará a muchos⁹⁰, entre otros, al citado Prof. Clavería, que ya desde hace años, en su estudio sobre el ser y el deber ser del matrimonio, reivindicaba, con su conocido sentido del humor, una vuelta natural al matrimonio de Roma; no al del Vaticano, decía, sino al del Derecho romano. Ya no vale, pues, aquella sutil crítica que Jordano hacía a dicho anhelo de

89 Durante la República, atrás quedarían los antiguos tribunales domésticos y los censores.

90 Así lo advierte CARRIÓN OLMOS, S. (pp. 3 y 4): que el matrimonio se convierte —se reconvierte, más bien habría que decir— en negocio convivencial, donde el consentimiento matrimonial, de inicial e indefinido, se ha convertido —reconvertido— en renovable día a día. «Es —concluye— la concepción misma del matrimonio la que cambia» con la Ley-2005. En la misma línea, ORTUÑO MUÑOZ, P. (pp. 16 y 58), para quien la Ley-2005 ha supuesto «una medida de afianzamiento y modernización de la institución matrimonial»; RODRÍGUEZ CHACÓN, R. (pp. 70 y 71), en cuya opinión «la nueva regulación supone una modificación sustancial del sistema matrimonial español»; y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (pp. 47-49), quien compara la continuidad de la *affectio maritalis* con la necesaria continuidad de la buena fe a los efectos de usucapión.

su discípulo Clavería, al corregirle por cuanto que el art. 45 C.c. habla de «consentimiento», no de «con sentimiento». Sin embargo, como decía Vittorio Polacco, tanto el matrimonio como el divorcio son cuestiones que hunden sus raíces en los sentimientos. Y estos parecen ser tenidos muy en cuenta por la Ley-2005.

Por supuesto, habrá quien vea en esta ley el Apocalipsis del matrimonio y, «por ende», el de la familia⁹¹. También en su momento la Ley-1981 fue apocalíptica según muchos⁹². Pero ni ésta supuso el fin del matrimonio, ni aquélla, la nueva, lo supondrá. Más aún, es posible que la Ley-2005 revitalice la institución matrimonial⁹³, y que lo haga en proporción directa a la deseable desaparición de las parejas de hecho. Téngase en cuenta, como decía en un anterior trabajo⁹⁴, que casi la mitad de estas parejas existentes en España desde la década de los 80 no se casaba por ser más fácil y barata la ruptura. La ley-2005 elimina, pues, para estas parejas, el principal escollo al matrimonio, al menos el de la dificultad de la ruptura. ¿Para qué entonces ahora una ley de parejas de hecho?⁹⁵

En esencia, puede decirse que la vigente Ley-2005 va en esa dirección; que si no fortalece el matrimonio por no restringir su indisolubilidad en vida de los cónyuges, sí que la reconduce a sus parámetros más naturales. El matrimonio por naturaleza es estable, tendente a la estabilidad, mas no por ello necesaria e imperativamente eterno, perpetuo, irrompible. El divorcio no es, pues, una institución *contra naturam*. Todo lo contrario. Cuando ahora se rememora tanto la definición

91 Así, RAMOS CHAPARRO, E. (p. 1167); y reivindicando en el fondo la indisolubilidad (cuando menos pactada) del matrimonio, CARDENAL HERNÁNDEZ, J. (en toda su obra citada); el canonista PRIETO, V. (*Matrimonio y divorcio. Algunas cuestiones jurídicas y morales*, Navarra, 2005, pp. 58 y sigs.), quien además incita a abogados y jueces a excusarse de intervenir en las causas de divorcio; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (pp. 1667 y sigs.); y DE LOS MOZOS, J. L. («Principios jurídico-naturales del matrimonio: contrato, unidad e indisolubilidad», en *Libro-Homenaje a M. Amorós Guardiola*, Madrid, 2006, pp. 1713 y sigs.). Ya hace más de diez años, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (pp. 55 y sigs.), al adivinar la evolución del divorcio (1.º como sanción, 2.º como remedio, y 3.º basado en la voluntad, común o unilateral), predijo (p. 58), que su última etapa, en la que supuestamente entra la Ley-2005, supondrá la «trivialización» del matrimonio, y, por extensión, decía (p. 213), el «debilitamiento y desestabilización» de la familia misma. Y terminaba preguntándose (p. 69): «¿Qué queda del matrimonio?», para finalmente responder (p. 74): «solo un nombre y una forma... una cáscara vacía». Por eso, como los otros autores antes citados, también él abogaba (pp. 201 y sigs.) como solución por la indisolubilidad conyugal (al menos, la opcional que hace tiempo propuso L. Mazeaud), siendo sólo admisible la separación. También muy críticos, aunque moderadamente apocalípticos con la Ley-2005, se muestran ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (pp. 1481 y sigs.); y DE VERDA BEAMONTE, J. R. (p. 178).

92 Así, vgr., GARCÍA CANTERO, G. (p. 206).

93 Así GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (p. 53), para quien «la actual regulación sirve al fortalecimiento de la institución matrimonial pues sólo tendrá continuidad la misma en aquellos supuestos en que realmente la íntima convivencia que el matrimonio supone resulte plenamente deseada por uno y otro esposo».

94 «Parejas no casadas, homosexuales y transexuales: ¿otra revisión del matrimonio, y de la familia?», de 26 pp., en *Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI (XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. Conferencias, ponencias e informes publicados)*, dirigido por C. Lasarte Álvarez y editado en formato electrónico por el IDADFE (Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España), Sevilla, 2005 (ISBN: 84-609-3858-1).

95 En ese trabajo de 2004, entre otras cosas que decía y he vuelto a decir aquí, advertía como voz de la experiencia: «No se olvide que en la Francia del S. XIX proliferó dentro del proletariado lo que Carbonnier llamó el *concubinato de miseria*, y que para evitar la desaparición del matrimonio en esa clase social se reintrodujo, con éxito, el divorcio en la Ley Naquet, cuyos principios perdurarían hasta la reforma de 1975». Así también lo creen, tras la Ley-2005, ORTUÑO MUÑOZ, P. (p. 10); y la clarividente STS de 12 de septiembre de 2005, sobre efectos indemnizatorios tras la ruptura de una pareja de hecho, que dice: «hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias». Con un tono totalmente opuesto, para CARDENAL HERNÁNDEZ, J. (pp. 31, 38 y 43); y para MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (pp. 1653, 1656, 1674 y sigs.), la Ley-2005 ha acercado el matrimonio al concubinato, convirtiéndolo en una «institución sombra de las parejas de hecho», aunque sometida a mayores formalidades.

que del matrimonio dio el insigne jurisconsulto romano Modestino⁹⁶ («Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, et divini et humani iuris communicatio»), parece olvidarse que en ella iba explícita la idea de estabilidad y la dimensión natural (divina) del matrimonio, sin que ello fuese óbice para admitir el divorcio⁹⁷.

Como tantas otras cosas, el divorcio no es cosa perversa en sí misma⁹⁸. Todo dependerá del uso que de él se haga. Nadie sabe si de nuevo también se repetirá la degeneración que Roma experimentó con el abuso del divorcio. Nadie sabe si volverá a tener actualidad aquel pasaje de Séneca: «¿Qué mujer se sonroja actualmente de divorciarse desde que ciertas damas ilustres no cuentan su edad por el número de los cónsules, sino por el número de sus maridos? Se divorcian para volver a casarse, se casan para divorciarse». Mas de suceder así, que no se achaque la culpa a la Ley-2005, sino a un uso inadecuado y abusivo de las posibilidades que el Derecho brinda⁹⁹.

96 Se recuerda sobre todo para criticar a la otra ley de 2005 (sobre el matrimonio «homosexual»).

97 Y para el propio DE VERDA BEAMONTE, J. R. (p. 175), tal idea sigue vigente hoy tras la Ley-2005, pues «el matrimonio es, lo sigue siendo, una relación jurídica que el legislador concibe como estable, o lo que es igual, de duración indefinida *a priori*».

98 No obstante, según la moral católica el divorcio «es una ofensa grave a la ley natural», que «atenta contra la Alianza de la salvación», y que adquiere «su carácter inmoral a causa del desorden que introduce en la célula familiar y en la sociedad» (Catecismo de la Iglesia católica, n.º 2384 y 2385). Mas dejemos a Dios lo que es de Dios y volvamos a lo que es del César.

99 Y tal vez también pueda deberse al hecho de que la Ley-2005 sea hija de su tiempo, como sucedió en la antigua Roma con el repudio. Precisamente, para una mayor y severa crítica de la época clásica romana, en la que el repudio —dice— obedecía a simples caprichos, acordes con la corruptela de las costumbres, véase RUIZ FERNÁNDEZ, E. (pp. 42 y sigs.).